

LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO*/**
ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

**PROF. CONTRATADO DOCTOR DERECHO MERCANTIL ACREDITADO A PROF. TITULAR UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE DE MADRID**

Resumen: A la actuación temprana prevista para aquellas Entidades de crédito que se encuentran en una situación crítica pero leve, le sigue en la Ley, la reestructuración. Esta se configura como un procedimiento intermedio para aquellas Entidades insuficientemente capitalizadas pero viables. Este estadio intermedio constituye una particularidad del régimen español ya que en otros Ordenamientos, por lo general y a excepción de la Ley alemana a la que me referiré en el trabajo, se contemplan únicamente dos regímenes: la actuación temprana y la resolución. En términos generales, y por lo que se refiere a la regulación española del procedimiento de reestructuración, debemos hacer una primera crítica -derivada, probablemente, de la urgencia con que hubo de aprobarse la norma-en relación con la descoordinación de muchos de sus preceptos. Se trata de una regulación a todas luces técnicamente deficiente.

Palabras clave: Reestructuración. Entidad de crédito. Plan de Reestructuración.

Abstract: In early action provided for those credit institutions that are in a critical but mild situation, it follows in the Act, the restructuring action plan. This is configured as an intermediate procedure for those undercapitalized but viable institutions. This intermediate stage is a peculiarity of the Spanish regime as in other systems, they do refer only to two mechanism: early action and resolution. Generally speaking, and regarding the Spanish regulation restructuring process, we must criticize the lack of coordination of many of its provisions It is a technically poor regulation at all lights.

Key Words: Restructuring. Credit institution. Restructuring Plan.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación *¿Hacia un sistema financiero de nuevo cuño?: análisis crítico de las soluciones implementadas en otros Ordenamientos y propuestas de modificaciones legales en Europa y en España*, dir. Carmen Alonso Ledesma, Proyecto DER 2011-28265.

** Esta es la versión ampliada de la Conferencia impartida en el XI Congreso Harvard-Complutense, celebrado en Harvard 7-10 octubre 2013 *"Restructuring of the financial system and new negotiation strategies"*, bajo el título *"Acting early, restructuring and resolution of crédito institutions"* que contó con el Patrocinio del Banco Santander, Colegio de Registradores de España, Colegio de Notarios y Allen&Overy.

SUMARIO:

I. Introducción	4
II. Concepto y tipos de reestructuración. Objetivos y Principios.....	11
1. Ambito objetivo de la reestructuración: viabilidad vs. inviabilidad.....	11
2. Objetivos y principios	18
3. Tipos de solución y forma de comunicación.....	21
III. El plan de reestructuración.....	29
1. Aspectos formales y procedimentales	29
2. Contenido del plan	33
2.1. Concepto legal y estructura del plan	33
2.2. Los instrumentos de reestructuración	35
2.2.1. Apoyo financiero.....	36
2.2.2. Transmisión de activos y/o pasivos.	38
2.3. Análisis de la situación de la entidad	39
2.4. Gestión de Instrumentos híbridos	42
2.5. Contenido alternativo del plan de reestructuración.....	47
3. Aprobación y seguimiento del plan de reestructuración	51

I. Introducción.

Desde que estallara la crisis financiera en el año 2007 hemos venido asistiendo a ingentes cambios legislativos dentro del sector bancario, algunos de dudoso acierto evidenciando las debilidades de los sistemas de intervención y resolución de crisis bancarias. No es el momento ni el lugar de analizar todos y cada uno de ellos puesto que el objetivo de este comentario ha de versar tan sólo en la figura de la reestructuración bancaria en el marco de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre (publicada en el BOE el 15 de noviembre de 2012) de reestructuración y resolución de entidades de crédito; aunque a algunas de dichas reformas habremos de aludir -inevitablemente-a lo largo del trabajo.

La extensión y duración de la crisis ha hecho que los problemas del sector bancario no pudieran ser resueltos con los esfuerzos normativos desarrollados hasta 2012¹, de ahí la multiplicación normativa a la que hemos asistido. De hecho, los sistemas “paraconcursales” que se han ido implementando en Europa desde el inicio de la crisis han sido incapaces de involucrar totalmente a los acreedores en los costes de la reestructuración y recapitalización de la banca y han derivado en esquemas de *burden sharing* (es decir, que los accionistas y tenedores de deuda subordinada absorban parcialmente las pérdidas de la entidad y contribuyan así a su recapitalización) con el fin de minimizar el coste que tiene para los contribuyentes la aportación de fondos públicos que, sin embargo, no se han podido evitar. Porque lo cierto y verdad es que la utilización de fondos públicos en los rescates de las entidades bancarias ha sido generalizada en España y en otros países de la Unión Europea así como EEUU.

¹La crisis de la Caja Castilla La Mancha (el 29 de marzo 2009, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la sustitución de los administradores de la Caja y su sustitución por otras designadas por el supervisor) puso de manifiesto las deficiencias del régimen de gestión de las crisis bancarias en España.

Las sucesivas reformas operadas en el sector no han servido para sanearlo ni para asegurar una actuación anticipada de las crisis financieras. Las disposiciones sobre esta materia se hallaban dispersas a lo largo y ancho del Ordenamiento jurídico (Fondo de garantía de Depósitos. Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito...) quizás insuficientes para hacer frente a una crisis como ésta -sistemática-. La normativa existente con anterioridad a la crisis era de los años 1980-1990, con un entorno económico, social y jurídico diferente.

Los problemas que han generado estas intervenciones han sido muchos y variados. El hecho de que los acreedores bancarios ordinarios e incluso los subordinados se beneficien de las ayudas públicas suscita no pocos problemas de equidad si comparamos este sector con otros que no han sido merecedores de ayudas afectados igualmente por la crisis y que son sometidos a procedimientos concursales sin mayores problemas. Por otro lado, las inyecciones públicas a la banca suponen una distorsión competitiva del mercado desde el momento en que las entidades beneficiarias se financian a menor coste que el resto. Pero también es cierto que el apoyo público al sector bancario puede llevar a configurar un sector bancario sobredimensionado en el que el sector público ostente una posición financiera muy elevada.

Ante esta situación, en los últimos tiempos se ha buscado configurar un régimen de reestructuración y de resolución de entidades que constituya un nuevo sistema de supervisión pública bancaria. La reforma de estos modelos paraconcursoales ha operado en tres niveles distintos.

A nivel internacional, el *Financial Stability Board* -FSB-, busca armonizar la regulación existente hasta la fecha a través de los *Key attributes of effective Resolutions Regimes for Financial Institutions*². Los *Key attributes* fijan las normas a aplicar en caso de resolución ordenada de una entidad sin exponer al contribuyente excesivamente pero también se ocupan de la “recuperación” de las entidades de riesgo sistémico que, sin embargo, todavía no reúnen las condiciones para su resolución o cuya resolución no ha sido aún acordada de tal manera que cabe razonablemente esperar que se recupere mediante la adopción de cuantas medidas de reestructuración sean necesarias.

Pero la labor emprendida a nivel internacional sobre regímenes de insolvencia de bancos e instituciones financieras no acaba aquí. El volumen de los trabajos desarrollados ha llevado a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³ a presentar una Nota de la Secretaría

² www.financialstabilityboard.org/publications/r.111104cc.hym, de 4 de noviembre de 2011.

en la que se hace un seguimiento de los acontecimientos e iniciativas puestas en marcha por distintas Instituciones con vistas a fortalecer la cooperación en la prevención, gestión y resolución de las crisis reformando los regímenes de resolución y las leyes sobre insolvencia para asegurar una resolución ordenada de las instituciones financieras. A los efectos que en este trabajo interesa, el citado documento advierte que cuando se emplea el término “resolución” se pretende abarcar la “reestructuración de una institución con el fin de asegurar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restaurar la viabilidad de esa institución en su totalidad o en parte”.

El enfoque internacional nos lleva a afirmar que, a diferencia de cuanto sucede a nivel nacional, no se contempla un procedimiento de reestructuración en cuanto tal sino que dentro de lo que es la resolución de las entidades se reconoce la posibilidad de que se adopten planes de reestructuración que garanticen la viabilidad de la entidad.

A nivel regional, es decir, a nivel de la Unión Europea, la Propuesta de Directiva Europea de la Comisión Europea de 6 de junio de 2012 establece un marco armonizado para el rescate y resolución de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión de los grupos¹, que se espera esté transpuesta por todos los Estados Miembros antes del 1 de enero de 2015, parte de los postulados del *Financial Stability Board* pero define la resolución como “la reestructuración de una entidad al objeto de garantizar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restablecer la viabilidad de toda la entidad o parte de la misma” (artículo 2). Por tanto, aunque la Propuesta de Directiva no contempla un procedimiento de reestructuración propiamente dicho, lo cierto es que la reestructuración constituye una vía de solución.

¹ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE; 2002/47/CE; 2004/25/CE; 2005/56/CE; 2007/36/CE; 2011/35/CE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010; Bruselas 6/6/2012, COM (2012) 280 final.

El tercer peldaño sería el ámbito nacional donde como consecuencia de los compromisos asumidos con el Eurogrupo en el Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera -MOE suscrito el pasado 20 de julio de 2012⁵, se promulga la Ley 9/2012 objeto del presente comentario.

Las condiciones de acceso a una línea de crédito de 100.000 millones de euros fueron fijadas en el MOE que constituye la hoja de ruta a seguir⁶. El referido texto es, en parte, la expresión de los dictados del G-20 expresados por la Junta de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*) en octubre de 2011, apoyados por el G-20 en noviembre de 2011 en su reunión de Cannes y recogidos en la UE en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 6 de junio de 2012.

El MOE, lleva a aprobar la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, con ciertas particularidades: ejercicios de gestión/transmisión de pasivos híbridos (en lugar de *bail-in*), y un reparto de pérdidas en el que los contribuyentes juegan un papel importante. Como el propio título de la norma indica, afronta -a diferencia de los documentos internacionales- ambas soluciones, la reestructuración y la resolución, aunque no sólo esas porque se aborda también la actuación temprana. El tiempo dirá si esta nueva regulación sirve

⁵BOE 10 diciembre 2012 (núm. 296).

⁶La hoja de ruta incluye una prueba de resistencia, banco por banco de los que integran el sistema bancario español (llevada a efecto por la consultora Oliven Wyman el 28 de septiembre 2012). La clasificación de las entidades de crédito españolas de acuerdo con dicha prueba de resistencia distinguiendo entre cuatro categorías en atención a las necesidades de capital de cada banco y, por último, la recapitalización, reestructuración y/o resolución de las entidades que lo precisen de acuerdo con los principios de viabilidad y reparto de la carga en la medida necesaria para asegurar la estabilidad financiera.

Grupo 0: entidades sin déficit de capital

Grupo 1: entidades intervenidas por el FROB (BFA/Bankia, Catalunya, Caixa, Banco Valencia, Novo Caixa Galicia)

Grupo 2: entidades que necesitan ayuda pública

Grupo 3: entidades de crédito con déficit de capital que pueden obtener a través de planes de recapitalización viables sin tener que recurrir a la ayuda pública

La idea de clasificar en función del tipo de situación no es algo nuevo en nuestro derecho sino que estaba ya implícita en el ahora derogado RDL 9/2009, al que con ayudas públicas podían ser viables y las que por su inviabilidad requerían de una intervención o actuación especial.

para hacer frente a esta crisis o incluso para prevenir las que pudieran darse en el futuro. Porque una particularidad de esta regulación nueva descansa en que la génesis de las disposiciones radica en los compromisos europeos e internacionales contraídos por España que, quizás, desconozcan -en parte, al menos-el marco regulatorio con el que contaba España en el sentido de que el Banco de España tenía potestades suficientes para reestructurar las entidades viables y devolverlas al sector privado saneadas, tal y como sucediera en el pasado con Banesto⁷. Y es que, esta crisis, puede ser considerada como una crisis sistémica y ésta ha sido, sin duda, la justificación de la aprobación de una nueva regulación.

Lo que sí es cierto, en cambio, es que la crisis -de carácter general-puso de manifiesto la insuficiencia de los recursos financieros de los fondos de garantía de depósitos para financiar todos los rescates.

Conviene que -siquiera brevemente-nos refiramos a algunos de los antecedentes legislativos españoles más relevantes antes de abordar el estudio de la Ley 9/2012 y, más concretamente, de la reestructuración. Los cambios legislativos iniciados con el RDL 9/2009⁸ se olvidaron -por lo que respecta a la problemática que me ocupa-de reestructurar las entidades mal gestionadas o con problemas ocultando así la inviabilidad de algunas de ellas y evitando una liquidación ordenada (se optó por las llamadas fusiones frías). De esta manera, se prolongaron situaciones de agonía o de dificultad desvirtuando la realidad.

Realidad a la que hemos debido hacer frente con posterioridad teniendo que acogernos al rescate o línea de crédito por 100.000 millones de euros para salvar el sector bancario español. Las reformas operadas en 2009 y 2010 estaban sin duda destinadas a gestionar los procesos protagonizados esencialmente por Cajas de Ahorro. Sin embargo, carecíamos de los instrumentos y procedimientos equivalentes para afrontar las crisis de los bancos en los mismos términos con el agravante de que la regulación

⁷ Vid. CARRILLO DONAIRE, "Intervención de entidades de crédito en crisis", *Sistema bancario*, dir. S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, 2013, págs. 793-795.

⁸ El RDL 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, fue, además, el creador del FROB.

vigente impedía que se impusieran pérdidas a los acreedores subordinados lo que provocaba que las soluciones estuvieran muy condicionadas por la necesidad de financiación pública a través del FROB o privada del propio sector a través del Fondo de Garantía de Depósitos. Asimismo, la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los estándares internacionales de gestión de crisis justificaba los cambios.

Pues bien, de acuerdo con el Memorando de Entendimiento se promulgó el RDL 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de Entidades de crédito (BOE del 31 de agosto). Los principios en torno a los que gira el Memorando son, por un lado, hacer transparente la gestión de las crisis bancarias minimizando el coste para el contribuyente -artículo 1 Ley 9/2012-(es decir, haciendo que los accionistas asuman parte de las pérdidas y la industria bancaria el coste residual del sistema) y, por otro, asignar la función de gestión de la crisis a una autoridad independiente integrada por profesionales⁷. Estos principios son los que primero recoge el RD 24/2012 y posteriormente la Ley 9/2012 que deroga el RD anteriormente mencionado y reiterando otras derogaciones anteriores (Disposición derogatoria Ley 9/2012 y DA 14^a Ley 9/2012)⁸.

Todas estas ideas y algunas otras son las que se recogen en la Ley 9/2012 y, en concreto, en materia de reestructuración. La Ley se ocupa de la reestructuración de las Entidades de crédito⁹ en sentido estricto, es decir, las entidades de intermediación en el crédito. Estas Entidades cumplen un papel fundamental en la economía desde el momento en que facilitan la

⁷Vid. Apartados 14 y sigs. del MOE.

⁸ La Ley 9/2012 hace continuas referencias a un eventual desarrollo reglamentario. Vid. entre otras, la DF 20^a apartado 1: *“El gobierno podrá dictar las normas reglamentarias necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en esta Ley”*.

⁹ Ya el RD 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, sostenía que entidad de crédito es “toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución aplicándolas por cuenta propia en la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”. Por su parte, el Tribunal Constitucional entiende por sistema financiero el “conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de las cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministro (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)...” Sentencia 133/1997, FJ 3º (pleno del 16 de julio de 1997).

circulación del crédito. Este hecho unido a la complejidad del sistema financiero y a que algunas de esas entidades pueden considerarse como de “riesgo sistémico” han hecho que los poderes públicos adopten medidas que buscan asegurar, en la medida de lo posible, su viabilidad mediante su reestructuración. Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley y es la interpretación que parece derivarse de las funciones que se atribuyen tanto al Banco de España como al FROB.

La Ley busca cómo abordar las debilidades del sistema financiero en momentos de crisis evitando el procedimiento concursal (cuya DA 2ª aborda el concurso de las entidades de crédito). Se trata, por tanto, de un mecanismo de carácter “preconcursal”, de un instituto “paraconcursal”, es decir, un mecanismo de naturaleza jurídico-administrativa que pretende evitar el concurso de las entidades -incluso de las no viables-, con el menor coste posible. Ahora bien, que ésta sea la idea sobre la que pivota el texto legislativo no quiere decir que la normativa concursal (DA 2ª LC) no sea aplicable *-in extremis* o no-e incluso conveniente” en algunos casos. Este procedimiento paraconcursal diseñado para los bancos se aparta del régimen concursal general en dos aspectos fundamentales: su carácter público/administrativo con un protagonismo esencial del FROB y la intervención del Banco de España y la aportación de ayudas públicas en el proceso de saneamiento. Es decir, el texto que comentamos es legislación especial pero no en sentido estricto pues la normativa concursal sigue siendo de aplicación. Lo que ha hecho el legislador es dar prioridad a la protección del sistema financiero sustituyendo el sistema de garantías de los acreedores en un procedimiento concursal. El carácter especial de la norma se puede predicar, en cambio, respecto de las normas europeas sobre ayudas de Estado. En efecto, una lectura atenta de las primeras líneas del prólogo de la Ley revelan que la ayuda concedida a la banca española debe considerarse compatible con el régimen legal de ayudas siempre y cuando se cumplan las condiciones recogidas en el Memorando. Ello significa, dicho en otros términos, que no es de aplicación directa, general, ni el régimen de ayudas común ni el especial diseñado por la Comisión Europea tras el estallido de la

Así, RODRÍGUEZ PELLITERO, “Resolución de crisis bancarias”, en *Sistema Bancario*, dir. S. Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2013, págs. 829 y sigs.

crisis e integrado por la Comunicación bancaria -el 1 de agosto de 2013 se ha aprobado una nueva Comunicación Bancaria"-la Comunicación de Recapitulación, la Comunicación Tratamiento de activos deteriorados y la Comunicación de Reestructuración documentos a los que en todo caso podrá acudir a efectos interpretativos.

La justificación de este Derecho paraconcursal la encontramos en la Propuesta de la Directiva, en cuya Exposición de Motivos (apartado 4.4.1) señala que la realidad ha demostrado que la quiebra de determinadas entidades puede tener graves consecuencias sistémicas: "La propuesta armoniza...en la medida necesaria para garantizar que los Estados Miembros dispongan de los mismos instrumentos y procedimientos para abordar quiebras sistémicas (...) fomentaría la estabilidad financiera (...)".

En todo caso, y sea cual sea la solución por la que se opte el texto legal establece un sistema de coordinación procesal, en el que el Banco de España está llamado a desempeñar -tal y como tendremos ocasión de analizar-un papel de extraordinaria relevancia.

Trataremos en las siguientes páginas de analizar el instituto de la reestructuración en el marco de la Ley 9/2012.

II. Concepto y tipos de reestructuración. Objetivos y Principios.

1. Ambito objetivo de la reestructuración: viabilidad vs. inviabilidad.

La Ley 9/2012 contempla tres supuestos fácticos distintos, cada uno con un régimen jurídico diferente, dependiente de la gravedad de la situación financiera de cada entidad. No se trata de supuestos o departamentos estancos sino que, por el contrario, están claramente interrelacionados. A la actuación temprana, prevista -en principio-para situaciones de dificultades débiles¹⁴ le sigue la reestructuración¹⁵ de entidades cuya finalidad es la de

¹⁴Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera, 2013/C 216/01.

¹⁴

Vid. capítulo IV J.V. GONZÁLEZ GARCÍA.

ordenar aquellas que se encuentren en situación de debilidad transitoria y que, por tanto, requieren ayuda -fondos públicos-que pueden devolver o cuando -no concurriendo estos elementos objetivos-la resolución produciría efectos muy perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto (artículo 2.1.b) Ley 9/2012). El tercero de esos supuestos lo constituye la resolución de las Entidades¹⁶.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, se constata una cierta similitud entre la Ley 9/2012 y la Ley Alemana *Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz (KredReorgG)*¹⁷. La norma alemana identifica varios procedimientos que permiten el saneamiento, la reorganización y, en caso necesario, la resolución de las entidades de crédito sin poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero. Fundamentalmente, son dos los procedimientos que pueden implementarse para gestionar las crisis de las entidades de crédito. El primero de ellos sería el de saneamiento que se asemejaría a nuestra actuación temprana y que permite la intervención de aquellas entidades que no cumplen las *ratios* de solvencia. El segundo, sería el procedimiento de reorganización previsto tanto para entidades que atraviesan dificultades pero respecto de las cuáles cabe garantizar su viabilidad como de las entidades de riesgo sistémico en cuyo caso la Autoridad Supervisora Alemana - BaFin-puede solicitar al Tribunal Superior de Frankfurt am Main el inicio del procedimiento cuando la viabilidad de la entidad esté en peligro y ello ponga en riesgo la estabilidad del sistema financiero (es decir, cuando se trate de una entidad de riesgo sistemático).

En derecho español la reestructuración procede en dos supuestos de hecho¹⁸. El primero que podríamos calificar como típico u ordinario, sería

¹⁶ El procedimiento de reestructuración es heredero del mecanismo de la “reestructuración ordenada y reforzamiento de los recursos propios” de las entidades intervenidas del derogado Real Decreto Ley 9/2009, en el que precede la idea del saneamiento como mecanismo de reflotamiento ordinario de las empresas en crisis (dejado a un lado la transmisión de activos que ahora se contempla en la vía de resolución).

¹⁷ Vid. capítulo VIII C. ALONSO LEDESMA.

¹⁸ La *Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten*, fue aprobada el 9 de diciembre de 2010 entrando en vigor el 1 de enero de 2011.

¹⁹ La DT 1ª aclara el encaje de las situaciones o procesos de reestructuración en curso en el momento de la promulgación de la Ley 9/2012 adaptándolas a la nueva terminología de la Ley. En este sentido, las entidades que hubieran recibido apoyos

financieros del

aquél en el que la Entidad de crédito requiere de apoyo público para asegurar su viabilidad¹⁹; es decir, son entidades viables pero insuficientemente capitalizadas. Se trata, por tanto, de ayudar a la Entidad a afrontar una situación de debilidad casi coyuntural, entendiendo que podrá devolver la ayuda recibida en un plazo razonable, ello sobre la base de elementos objetivos que hacen legítimamente previsible pensar que dicho apoyo será reembolsado o recuperado en los plazos establecidos para cada uno de los instrumentos de apoyo financiero en los términos de la Ley²⁰. Al final, la reestructuración se configura, en línea de principio, como una situación de insolvencia remediable, transitoria²¹.

Sin embargo, la Ley 9/2012, contempla también la posibilidad de aplicar el régimen de reestructuración a entidades inviables de riesgo sistémico; es decir, aquellas cuyas dificultades o liquidación desordenada, debido a su escala, complejidad o interconexión sistemática podría causar perturbaciones significativas en el sistema financiero y cuya desaparición puede tener efectos sobre el sistema financiero y la Economía en general más costosos que su mantenimiento en funcionamiento.

De lo expuesto se deduce que la reestructuración conformaría una categoría híbrida un tanto confusa en la que se engloban las entidades que, a pesar de necesitar ayudas públicas, son todavía viables, pero también se contempla un supuesto de excepción de enorme trascendencia práctica: las

FROB de acuerdo con lo previsto en el Título II del Real Decreto-Ley 9/2009, se entenderá que se encuentran en un proceso de reestructuración mientras que aquellas que estuvieran sometidas a un proceso de reestructuración con intervención del FROB de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, se encuentran sometidas a un proceso de resolución.

¹⁹ La operación consiste en la reducción de los pasivos del Banco acompañada de una aportación de nuevos fondos propios por parte del Estado a través del FROB.

²⁰ Vid. artículo 13.1 Ley 9/2012. Tal parece haber sido el caso de Caixa Bank (que absorbió a las Cajas de Ahorro que formaron Banca Cívica y que ya ha devuelto las ayudas que éste recibió del FROB en su proceso de reestructuración). En efecto, Caixa Bank ya ha devuelto los 977 millones de euros que el FROB aportó a la absorbida Banca Cívica como ayuda en forma de participaciones preferentes en 2011. Vid. www.elmundo.es.

²¹ En una primera aproximación, puede decirse que la reestructuración consiste - básicamente- en una reducción de los pasivos del banco y/o en una aportación de nuevos fondos propios por parte del Estado del FROB.

entidades que siendo inviables, su resolución podría afectar negativamente a la estabilidad del sistema financiero.

El primer problema que plantea la delimitación objetiva de este supuesto y que, en realidad, constituye una de las críticas más importantes que pueden hacerse a la Ley 9/2012 es la indeterminación de los conceptos jurídicos. En efecto, el legislador no define el término “viabilidad” si bien precisa qué ha de entenderse por “inviabilidad” al tratar la resolución de las Entidades, en el artículo 20 Ley 9/2012. Sin perjuicio de las consideraciones que sobre el referido concepto se realice en otro lugar de esta obra, conviene que -siquiera de forma sucinta-nos ocupemos de él. Así, es inviable:

- la entidad sin que sea posible que reconduzca la situación en un plazo razonable por sus propios medios, acudiendo a los mercados o mediante los apoyos financieros públicos-;

- aquella que incumpla de manera significativa los requerimientos de solvencia (o sea razonablemente previsible que vaya a incumplirlos). La propia Ley 9/2012 en su DF 7ª prevé la modificación del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, concretamente, del artículo 1 el cual prevé que:

“1. A partir del 1 de enero de 2013, los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito no integradas en un grupo consolidable de entidades de crédito, que pueden captar fondos reembolsables del público, excluidas las sucursales en España de entidades de crédito autorizadas en otros países, deberán contar con un capital principal de, al menos, el 9% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas de conformidad con la normativa general sobre recursos propios prevista en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, y en su normativa de desarrollo, y sin perjuicio del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios exigidos por dicha normativa”;

- aquella cuyos pasivos exigibles sean superiores (o previsiblemente vayan a serlo) a sus activos; y,

-aquellas que no puedan cumplir en un futuro próximo puntualmente sus obligaciones exigibles (o sea razonablemente previsible que no pueda cumplir).

En esta definición se mezclan supuestos de incumplimientos regulatorios (solventas con hechos exteriorizadores de la insolvencia propias del derecho concursal, por ejemplo, aquellos casos en que el pasivo exigible sea superior al activo).

Esta definición de inviabilidad está muy en la línea de las propuestas europeas. La opción escogida por el legislador en la Ley 9/2012 parece más amplia, flexible e incluso anticipadora de lo que lo es el concepto de insolvencia en el ámbito del Derecho concursal español centrado en la dialéctica insolvencia/liquidez.

Si nos fijamos en el ámbito del derecho concursal, el artículo 2.2 LC determina que “se encuentra en estado de insolvencia (*actual*) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”¹². De hecho, el artículo 2.3 LC al referirse a la posibilidad de solicitar el concurso en caso de insolvencia inminente, prescribe que: “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”¹³. Por cumplimiento regular la doctrina

¹² Siguiendo con las consideraciones formuladas por la doctrina alemana, la insolvencia sólo existe si el incumplimiento se produce respecto de las obligaciones exigibles y no sobre todas ellas o sobre las obligaciones cuando se contraen. Vid. § 17 *Insolvenzordnung*:

“§ 17 Insolvencia

(1) Apertura general se debe a la incapacidad de pago.

(2) El deudor es insolvente si no es capaz de cumplir con las obligaciones de pago debido. Insolvencia es aceptar lo general, si el deudor ha dejado de hacer los pagos”.

No obstante, la exigibilidad va más allá del mero vencimiento, sino que ha de conectarse con el momento en que la obligación sea rechazable por la vía judicial (PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma Ley Concursal*, dir. Pulgar Ezquerra, La Ley, Madrid, 2011, pág. 154).

¹³ La insolvencia inminente se puede definir como aquélla que prevé pueda producirse en un futuro próximo. La LC no establece un plazo temporal para hacer dicha previsión. La doctrina alemana (en relación con el § 18 *Insolvenzordnung* que tampoco regula el plazo) señala que no se puede determinar *a priori* y con carácter general para todos los casos sino que ha de verse cuál es el plazo de pago de las obligaciones (en la doctrina alemana,

mayoritaria parece hacer entendido aquél que atiende a elementos de normalidad en relación con los medios de pago empleados para el cumplimiento de las obligaciones (con referencia al ejercicio ordinario de la empresa) a lo que añadiríamos -siguiendo a un sector minoritario de la doctrina²⁵-el elemento temporal; es decir, cumplimiento en el tiempo debido tal y como también preconiza la doctrina italiana²⁶. Es decir, el retraso en el cumplimiento de las obligaciones sí resulta revelador de la insolvencia cuando dicho retraso es continuado y sistemático²⁶.

Pero el estado de insolvencia (actual o inminente) tampoco debe identificarse sólo con el presupuesto objetivo del concurso a que se refiere el artículo 2 LC, es decir, el incumplimiento de las obligaciones por falta de liquidez (constatada mediante la aplicación del test de solvencia) o el desbalance definitivo y no temporal. La valoración de la insolvencia requiere la elaboración de un estado patrimonial concreto acompañado de una previsión “sobre la continuidad de la empresa (*Fortbestehesorogrose*) conforme a un plan de financiación que contemple ingresos y pagos durante un plazo

vid. WIMMER, *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl., 2002, págs. 266273 y HESS/WEISS/WIENBERG, *Kommentar zur Insolvenzordnung und EGInsO*, 2001, págs. 317-323. Es decir, se trata de una prognosis, una previsión -no una mera probabilidad (ROJO, “Presupuesto objetivo (artículo 2)”, en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. Rojo/Beltrán, Madrid, 2004, págs. 164 y sigs.)-de imposibilidad de cumplir puntual y regularmente con las obligaciones exigibles si no se adoptan medidas que detengan o neutralicen esa tendencia o evolución negativa ya sea porque el patrimonio resultará insuficiente (sobreendeudamiento) o porque carecerá de liquidez. Vid. BAUMS, *Risiko und Risikosteuerung in Aktienrecht*, ZGR, 40, 3, 2011, pág. 252.

²⁵ Así, ROJO, *Presupuesto objetivo...*, págs. 172-173, y en “Insolvencia”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, Aranzadi, 2013, págs. 1084-1086. La doctrina mayoritaria aunque ha criticado la solución o la opción legislativa entiende que la puntualidad en los pagos no integra el concepto de regularidad: PULGAR EZQUERRA, “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, Tomo I, dir. PULGAR/ALONSO/UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, Madrid 2004, pág. 112, y *El presupuesto objetivo del concurso...*, pág. 153; GALLEGO SÁNCHEZ, “Artículo 2”, en Gallego SÁNCHEZ, *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 19,

²⁶ Debe advertirse que la doctrina italiana interpreta el término “regular” de un modo que parece mucho más adecuado. En efecto, la doctrina mayoritaria considera que el término se integra por dos elementos: el modo en que se realizan los pagos y el tiempo, es decir, los pagos han de hacerse también en el tiempo debido y no sólo mediante medios de pago normales. Así, FRASCAROLI SANTI, E., *La regularidad en los pagos como elemento integrante del concepto de insolvencia en el artículo 5 L. Fall. italiana*; RCP 7, 2007, págs. 251 y sigs.; TEDESCHI, GU, *Manuale del nuovo Diritto Fallimentare*, Padua, 2006, pág. 32.

²⁷ ROJO, *Presupuesto objetivo...*

razonable”²⁷. Dichos documentos facilitan la valoración de la capacidad de la empresa de generar recursos que le permitan hacer frente a las obligaciones exigibles a su vencimiento²⁸.

Pues bien, este breve análisis del concepto de insolvencia en el ámbito concursal nos permite confirmar la idea enunciada al principio sobre la amplitud con que se configura la viabilidad o no de las entidades en el ámbito de la Ley 9/2012. En efecto, la viabilidad va más allá del cumplimiento puntual de las obligaciones exigibles (y, por tanto del concepto de insolvencia de la LC) e incluye otros dos supuestos. Por un lado, serán viables las entidades que cumplan los ratios de solvencia (o prevean poder cumplirlos con el apoyo financiero que reciban)²⁹ y, por otro, aquellas cuyos activos sean superiores a los pasivos exigibles o en las que gracias al apoyo financiero se prevea que vaya a ser así. Pero el término “viabilidad” carece de sentido jurídico y quizás, por ello, hubiera sido más conveniente ahondar o perfeccionar el concepto de “insolvencia”. Quizás, por ello, una vez más merezca la pena detenerse en la Ley Alemana para la resolución y reestructuración de entidades de crédito -*KredReorgG*- en la que se considera que el riesgo de falta de viabilidad es el peligro de que la entidad de crédito se vea abocada a un concurso si no se adoptan las medidas correctoras

27

MARÍN DE LA BARCENA, *Responsabilidad Concursal*, ADCO 28, 2013, págs. 126-127.

“Vid. § 19 *Insolvenzordnung*:

“§ 19 Endeudamiento

(1) En el caso de una persona jurídica, el endeudamiento es un terreno abierto.

(2) existe el sobreendeudamiento si los bienes del deudor ya no cubren la deuda existente, a menos que es más probable en las circunstancias que la continuación de la empresa. Las solicitudes de reembolso de los préstamos de socios o acciones legales que correspondan a dichos préstamos económicamente, por acuerdo con el § 39 párrafo 2 entre acreedores y deudores en procedimientos concursales tras la subordinación en el § 39 párrafo 1 N° 1 ha aceptado 5 créditos designados no se tienen en cuenta en el pasivo bajo sentencia primero

(3) Si en una empresa sin personalidad jurídica no es un socio personalmente responsable es una persona física, se aplicarán las disposiciones de los párrafos 1 y 2. Esto no se aplica si los socios en general es una sociedad diferente, en la que un socio general es una persona natural”.

²⁹ La DF 7ª Ley 9/2012 modifica el RDL 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento de la solvencia de las entidades de crédito dando nueva redacción a los artículos 1, 2 y 3 de ese RDL 2/2011 y a su DF 1ª, exigiendo un capital principal de al menos 9% (en lugar del 8% anterior) de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo y calculadas las normas sobre recursos propios con la composición que establece su artículo 2 desde el 1 de enero de 2013.

necesarias. Para ello no es preciso que la entidad esté en situación de insolvencia o sobreendeudamiento inminentes. Se presume la falta de viabilidad cuando:

i) se den determinados supuestos cuantitativos: el *tier 1* es inferior al 90% del requerido, el capital modificado está por debajo del 90% de los fondos propios requeridos o si los activos líquidos disponibles están por debajo del 90% de las obligaciones de pago exigibles en la misma banda de madurez;

ii) si se conocen hechos que apuntan a que se producirán estas situaciones si no se toman medidas correctoras³⁰.

Este planteamiento parece, a todas luces, más adecuado que el mantenido en la Ley 9/ 2012.

Pero la indeterminación a que nos hemos referido con anterioridad se pone de manifiesto también en relación con la valoración de las entidades de riesgo sistémico. En efecto, es el Banco de España quien debe determinar cuán graves son los efectos perjudiciales atendiendo a criterios como la interconexión con otras entidades, el riesgo de contagio y el volumen de actividades tal y como precisa el artículo 13 de la Ley 9/2012. La amplitud de los términos con que se configura el precepto y las facultades atribuidas al Banco de España nos llevan cuando menos a señalar la discrecionalidad técnica de que goza el supervisor en el análisis de la existencia o no de riesgo sistémico lo que genera una cierta inseguridad jurídica. Si a juicio del Supervisor la entidad es de riesgo sistémico, entonces podrá acogerse al procedimiento de reestructuración. Por el contrario, cuando no lo sea, la entidad inviable habrá de ser resuelta.

2. Objetivos y principios.

Los artículos 3 y 4 de la Ley 9/2012 enuncian una serie de principios y objetivos que deben guiar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades bancarias³¹.

³⁰ Vid. *Kreditwesengesetz* -KWG-en su versión modificada por la Ley de 28 de agosto de 2013, § 48b "Bestands -und Systemgefährdung".

En efecto, los objetivos que se pretenden alcanzar con la reestructuración y que aparecen recogidos en el artículo 3 Ley 9/2012 resultan algo confusos y ello por cuanto que aunque el artículo 3 a) hace una declaración programática en el sentido de buscar la continuidad de las actividades para asegurar su viabilidad a largo plazo, no hay duda alguna que ese objetivo no puede predicarse en modo alguno respecto de la resolución. Más claro parece el objetivo de evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero previniendo los riesgos de contagio al sistema en su conjunto y manteniendo la disciplina de mercado (artículo 3.c) Ley 9/2012)²² Sin embargo, resulta más dudoso el objetivo consistente en asegurar una utilización más eficiente de los recursos públicos. Y digo dudoso porque se ha optado hasta el momento por no resolver entidades a costa del dinero público cuando, a lo mejor, un uso razonable de esos recursos públicos hubiera aconsejado proceder a la resolución de alguna entidad. En efecto, la única entidad resuelta hasta la fecha ha sido el Banco de Valencia. El resto de los procesos realizados han sido procesos de reestructuración.

En cuanto a los principios que inspiran el régimen previsto en la Ley 9/2012 y recogidos en el artículo 4 consagran el esquema del *burden sharing* o reparto de cargas. Estos principios son, en primer lugar, los de la responsabilidad en la asunción de pérdidas de estas entidades conforme al régimen general, es decir, primero los accionistas, cuotapartícipes o socios, luego los acreedores subordinados²³ de conformidad con el régimen de protección de la Ley Consursal y, finalmente la igualdad de trato de los acreedores del mismo rango a excepción de los créditos del FROB no incluidos en los ejercicios de gestión de pasivos (principio de la *par conditio*

²² Ese tratamiento conjunto -tal y como vamos a comprobar- no siempre resulta adecuado.

²³ La estabilidad y garantizar la continuidad en la prestación de servicios esenciales a la economía y al resto del sistema financiero son objetivos que conviene y que necesariamente han de estar presentes en los procedimientos de reestructuración y resolución. La protección de los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de depósitos y de los fondos del resto de clientes también son fines presentes en la norma (vid. modificaciones del Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de crédito, introducidas por la DF 8ª de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito).

²⁴ La ejecución de este principio se materializará mediante los ejercicios de gestión de pasivos a los que nos referiremos más adelante.

creditorum); en segundo lugar, y conforme al principio de equilibrio propio de un proceso concursal, se establece una tutela limitada consistente en que ningún acreedor ha de soportar pérdidas superiores a las que habría de soportar un acreedor en un supuesto de concurso³⁸ (ése sería pues el límite de la pérdida)³⁹; por último, en caso de resolución, sustitución de los administradores conforme a lo establecido en el artículo 22 Ley 9/2012 respondiendo por los daños y perjuicios causados en proporción a su participación y gravedad conforme a la legislación concursal, mercantil y penal (artículo 4 Ley 9/2012). Esta medida, debe entenderse aplicable también a los supuestos de reestructuración a tenor de lo dispuesto en la DF 4ª.Cinco que modifica la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, Ley 26/1988, de 29 de julio -en adelante LDIEC-, concretamente, el artículo 31.1, que queda redactado de la siguiente manera:

“Cuando una entidad de crédito se encuentre en alguna de las situaciones descritas en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, podrá acordarse la sustitución provisional de su órgano de administración en los términos previstos en esta Ley y con las particularidades recogidas en la citada Ley”.

En efecto, parece que lo dispuesto en este artículo 4 Ley 9/2012 no es sino fruto de una incorrecta revisión y falta de coordinación del articulado.

Nada dice el legislador acerca de los acreedores ordinarios, es decir, los titulares de la deuda senior o inversores que hubieran prestado su dinero a los bancos sin subordinar su pretensión a otros acreedores que no se ven afectados por la Ley española 9/2012. Tampoco alcanza a los depositantes que son considerados acreedores privilegiados en la medida en que sus depósitos están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos hasta

³⁸ El hecho de que los acreedores puedan afrontar pérdidas por una decisión de la autoridad administrativa sin la tutela judicial que ofrecer el procedimiento concursal requiere que se otorgue una protección especial o adicional a los acreedores bancarios. Este elemento unido al régimen de valoración económica obligatoria prevista en la Ley 9/2012 en el artículo 5 antes de aplicar cualquier medida de reestructuración -o de resolución- constituye el cauce de protección adicional.

³⁹ Así, el FROB puede imponer pérdidas a los accionistas y acreedores. Para determinar la cuantía, el FROB está obligado a realizar una valoración del banco al inicio del procedimiento (artículo 5 Ley 9/2012) gracias a la cual los acreedores tienen un término de comparación. Lo que obtendrían en caso de liquidación de la entidad es lo que resulte de esa valoración de tal manera que cualquier cuantía menos gravosa que esa, estará justificada.

100.000 euros y, en el resto, son considerados acreedores ordinarios. No obstante, conviene advertir que la Propuesta de Directiva sí permite que el proceso de reestructuración de una entidad bancaria conlleve pérdidas para los depositantes. De hecho, aún cuando los sistemas de un Fondo de Garantía de Depósitos son nacionales, la vinculación de la solvencia bancaria con la solvencia del Estado puede llevar a que esos Fondos Nacionales sean insuficientes para atender a todos los depositantes en cuyo caso puede llegar a ser necesario reducir el importe recuperable tal y como ha sucedido en Chipre.

3. Tipos de solución y forma de comunicación.

La Ley 9/2012 plantea un grave problema que entronca con la arbitrariedad con que se contemplan las distintas vías de solución y la discrecionalidad de que goza el Banco de España en su actuar, cuestiones a las que nos referimos en el siguiente apartado. En definitiva, la Ley 9/2012 genera, desde esta perspectiva, una gran inseguridad jurídica.

Con respecto a las distintas vías de solución -tal y como ya adelantamos-se establecen tres tipos de actuaciones aplicables a las entidades de crédito en función de la viabilidad de éstas; es decir, existen tres niveles de gravedad o momentos y se aportan soluciones que no son sucesivas, aunque lo parezcan en una lectura preliminar del articulado. En efecto, para llegar a la reestructuración no ha de pasarse previa y necesariamente por la actuación temprana, de la misma manera que para proceder a la resolución no ha debido pasarse previamente por la reestructuración tal y como la práctica nos ha demostrado con la resolución del Banco de Valencia. Es decir, la valoración inicial que se haga de las circunstancias y condiciones concurrentes en una entidad han de llevar *ab initio* a adoptar la vía de solución adecuada para ella y todo lo más puede intentarse una vía y, fracasada ésta, una segunda, pero en ningún caso debe entenderse que estas soluciones hayan de considerarse como sucesivas. De la misma manera, no se nos oculta que situaciones de debilidad leve y, por lo tanto, inicialmente sometidas a una actuación temprana, acaben derivando en situaciones de deterioro más grave subsumibles en las categorías de reestructuración o resolución según el grado de deterioro (si bien -insistimos-la vía de resolución no parece que vaya a ser usada con la frecuencia que quizás fuera necesaria).

De hecho, si miramos la Ley Alemana para la reestructuración y la resolución ordenada de entidades de crédito, ésta establece un procedimiento de saneamiento que contiene el régimen de gestión de crisis antes de que se haya llegado a una situación de insolvencia y, por tanto, se concibe como la posibilidad de que refuerce su posición financiera en una suerte de actuación temprana. El procedimiento de reestructuración, por el contrario, se concibe tanto como una segunda fase al procedimiento de saneamiento, como una fase alternativa que tiene un marcado carácter concursal.

Tal y como ya hemos señalado las vías de solución previstas dependen de la gravedad de la situación de la entidad, de su mayor o menor grado de viabilidad o incluso de otras circunstancias exógenas como es el hecho de que la entidad sea de riesgo sistémico. Pero la línea que separa una solución de otra, en ocasiones, es una línea muy delgada, lo que genera, sin duda, una gran inseguridad jurídica. Y es que la Ley 9/2012 no establece umbrales cuantitativos algunos, ni índices que sirvan de referencia para saber qué procedimiento es más adecuado para cada entidad. La adopción de la solución idónea depende, en última instancia, de la valoración -discrecional- que haga el Banco de España. Desde esta perspectiva, la falta de transparencia del modelo es más que llamativa y, desde el punto de vista jurídico, increíble e incluso inaceptable.

El planteamiento suscita diversas y trascendentales dudas y crea una situación de inseguridad jurídica más que notable. Y como muestra, un botón. En línea de principio y de conformidad con cuanto establece la Ley, la reestructuración procede en aquellas entidades que requieren apoyo financiero público para asegurar su viabilidad (siendo lo normal que reembolsen dichas ayudas) y, excepcionalmente, en las entidades inviables pero de riesgo sistémico. Pero, ¿dónde se sitúa la diferencia exacta entre las Entidades que pueden someterse a un procedimiento de actuación temprana -y que con carácter excepcional, fracasados otros mecanismos, requieren ayuda (artículo 9.f) Ley 9/2012)-y aquellas que necesitan apoyo financiero público al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 9/2012? Al no determinar la Ley umbrales cualitativos, la inseguridad jurídica se acentúa sustancialmente. ¿Dónde está el límite de la excepcionalidad de la ayuda en el supuesto de la actuación temprana? ¿cuánto apoyo financiero debe requerir una entidad para que nos situemos en el ámbito de la reestructuración?

En definitiva, nos falta un patrón o guía que ayude a determinar cuándo procede un mecanismo u otro.

Una constante en lo que al tratamiento de la reestructuración se refiere descansa en la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Además de los aspectos ya referidos, no podemos olvidar la referencia del artículo 13 Ley 9/2012 al hecho de que la entidad en reestructuración que requiere apoyo público, elementos objetivos hacen razonablemente previsible que dicho apoyo será reembolsado o recuperado. ¿A qué elementos objetivos se refiere el legislador? ¿Cómo ha de interpretarse o qué ha de entenderse por “razonablemente previsible”?

El tratamiento que de estas cuestiones realiza la Ley 9/2012 es extremadamente laxo y la discrecionalidad técnica del Banco de España notable. De hecho, la discrecionalidad técnica del Banco de España es una constante en el articulado de la Ley tal y como ya tuvimos ocasión de constatar al referirnos a la valoración de los efectos perjudiciales que la resolución de las entidades inviables acarrearía. La amplitud con que se configuran estos criterios, la ausencia de umbrales y el hecho de que en modo alguno haya de considerarse la lista taxativa o de *numerus clausus* confirma la discrecionalidad técnica de que goza el Banco de España para adoptar la solución que entienda más conveniente.

Constatada la inseguridad jurídica que rodea la opción por una u otra vía de solución como consecuencia de la ausencia de criterios objetivos que coadyuven a su elección, la forma en que ha de comunicarse la situación en la que se encuentra la entidad suscita no menos dudas. El artículo 14 en sus apartados 1 y 2 Ley 9/2012 se refiere a esta cuestión. En relación con este precepto pueden hacerse observaciones tanto de carácter formal como sustantivo. Desde el punto de vista formal, no parece tener mucho sentido que la cuestión de la comunicación se aborde conjuntamente con el régimen de aprobación del plan en un artículo cuya rúbrica es “plan de reestructuración”. No se aborda el contenido del plan propiamente dicho sino más bien cuestiones procedimentales generales que van desde la presentación del plan hasta su aprobación e incluso más allá, es decir, abarca incluso la necesidad de presentación de una memoria económica que detalle el impacto financiero del plan.

El apartado 1 del artículo 14 Ley 9/2012 señala que “cuando una entidad se encuentre en alguna de las circunstancias descritas en el artículo anterior, informará de ello con carácter inmediato al FROB y al Banco de España”. Del tenor del precepto se desprende que la entidad en dificultad -y, más concretamente, sus administradores³⁶ son quienes deben informar a las autoridades competentes recayendo sobre ellos la obligación pero, ¿en qué consiste ese deber de informar? Nada dice el texto legal al respecto. Esa información ¿debe cumplir con algún requisito formal o basta, por el contrario, una simple comunicación verbal o escrita?

Ante la ausencia de reglas, parece razonable entender que baste con una mera comunicación por escrito por parte de la entidad en la que se dé cuenta de la situación en la que se encuentra la entidad y la solución por la que se opta (en este caso, la reestructuración), la necesidad de apoyo financiero para asegurar su viabilidad y, quizás, una primera estimación del *quántum*. Llama la atención que nada de esto se contemple (lo cual, entre otras cosas, podría servir a los administradores para exonerarse -en su caso-de eventuales responsabilidades).

La obligación de comunicar las dificultades por las que atraviesa la entidad y la necesidad de apoyo surgen en el momento en que éstos conocieron o

³⁶ La Ley no dice expresamente que sean los Administradores quienes deban comunicarlo pero ello parece lo más razonable y coherente con la regulación societaria del órgano de administración. Por otro lado, el artículo 14.2 Ley 9/2012 al disponer que el Banco de España puede actuar de oficio señala que “requerirá al órgano de administración para que examine la situación y presente,..., el plan de reestructuración”. De ello se infiere que el órgano a quien corresponde realizar la comunicación es al Consejo de Administración.

hubieron debido conocer esas circunstancias. En efecto, estableciendo un cierto paralelismo con el derecho societario o incluso con el derecho concursal, la DF 4ª de la LDIEC estableciendo que constituye una infracción muy grave de las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito dando lugar a las oportunas sanciones administrativas sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudieran haber incurrido los administradores desde el punto de vista societario:

“La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito queda modificada como sigue:

Uno. La letra p) del artículo 4 queda redactada del siguiente modo:

«p) La falta de remisión al Banco de España por parte de los administradores de una entidad de crédito del plan de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia o de los planes de actuación o de reestructuración a los que se refiere la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando ello resulte procedente. Se entenderá que existe falta de remisión cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para efectuar la misma, a contar desde el momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la entidad se encontraba en alguna de las situaciones que determinan la existencia de dicha obligación»”.

Es decir, la falta de remisión del plan existe desde el momento en que hubiera transcurrido el plazo para su elaboración. Para el cómputo de dicho plazo se tendrá en cuenta “el momento en que los administradores conocieron o hubieron debido conocer” la concurrencia de alguna de las circunstancias que ponen de manifiesto las dificultades de la entidad.

Tanto la disposición transcrita como el artículo 5 LC³⁷ y el artículo 363.1.e)³⁸ LSC relativo a la disolución por pérdidas establecen una obligación -en

³⁷ Deber cuya inobservancia sanciona, al tratar la calificación del concurso, con la presunción de la existencia de dolo o culpa que en la generación o agravación del estado de insolvencia salvo prueba en contrario (artículo 165.1 LC).

³⁸ Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.
2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

nuestro caso-de comunicación de la situación de la entidad y de presentación del plan de reestructuración referida al momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la entidad se encontraba en alguna de esas situaciones.

En definitiva, la entidad estará obligada a comunicar al Banco de España y al FROB su necesidad de acogerse a un plan de reestructuración cuando conociera o hubiera debido conocer su situación de debilidad y su necesidad de ayuda pública para garantizar su viabilidad o, excepcionalmente, cuando conozca su situación de inviabilidad siendo una entidad de riesgo sistémico. El legislador parece haberse decantado (al igual que sucede en el ámbito del Derecho concursal) por un criterio subjetivo del conocimiento de la concurrencia de la situación, pero ese subjetivismo no es absoluto pues se introducen elementos objetivos y, por tanto, la necesidad de valorar si, atendidos los criterios de la Ley 9/2012 sobre el concepto de inviabilidad, es

o no razonablemente exigible el conocimiento de la situación. La carga de la prueba del conocimiento por la entidad (por su Consejo de Administración) de su necesidad de apoyo para asegurar su viabilidad pesa sobre quien lo alegue pero se alivia al establecer la Ley una suerte de presunción *iuris tantum* en el sentido de que cuando concurren alguno de los hechos del artículo 20 Ley 9/2012 la entidad será conocedora de su situación de inviabilidad y, en consecuencia, a partir de ese momento existirá la obligación para los administradores de dirigirse al FROB y al supervisor para comunicarles su necesidad de acogerse a un plan de reestructuración.

La entidad que va a iniciar un proceso de reestructuración, al amparo de lo dispuesto en la DA 5ª Ley 9/2012 no podrá ser objeto de un procedimiento concursal al imponer dicho precepto una paralización de las solicitudes que, en su caso, hubieran podido presentarse. Ahora bien, nada prevé la Ley en relación la concurrencia de una causa de disolución societaria de tal manera que ha de entenderse que la obligación de los administradores de disolver la entidad concurriendo una causa de disolución obligatoria subsiste salvo que se trate de una entidad en la que el FROB ostente una posición de control o una entidad cuyo órgano de administración esté controlado por el FROB tal y como prevé la DA 11ª Ley 9/2012. Dicho en otros términos, el deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario (artículo 225 LSC) ha de llevarles a convocar la Junta para que adopte un acuerdo de disolución cuando concorra alguna de las causas de

disolución contempladas en el artículo 363 LSC so pena de ser considerados responsables solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (artículo 367 LSC).

Sorprendente resulta también el silencio del legislador en relación con el papel que el Banco de España ha de desempeñar en este primer momento y, más concretamente, con la comunicación que realice la entidad sobre su situación. La Ley no prevé si el Banco de España ha de emitir o no un Informe sobre la decisión adoptada por la entidad o el grado de motivación que, en su caso, debiera concurrir en su pronunciamiento¹⁸. Parece que a pesar de la gravedad y de la preocupación que suscita el mero hecho de que una entidad haya de recurrir a cualesquiera de estos procedimientos para asegurar su viabilidad, la posición en estos primeros momentos del Banco de España es de pasividad total, en principio. Es decir, el supervisor se limita en este primer momento -aparentemente-a acusar recibo de la solicitud o comunicación emitida por la entidad.

El modelo tal y como lo hemos descrito puede verse alterado en el momento en que el Banco de España tenga conocimiento de que una entidad requiere apoyo financiero público para garantizar su viabilidad y ello tanto si se trata de una entidad de riesgo sistémico como si no. En efecto, en esos casos, se prevé la posibilidad de que el Banco de España actúe de oficio (vid. artículo 14.2 Ley 9/2012) en cuyo caso la necesidad de comunicación por parte de la entidad decae. A este respecto, debe señalarse que resulta sorprendente que en aquellos supuestos en que el Banco de España tuviera conocimiento de la situación en que se encuentra la entidad no requiera al órgano de administración para que convoque (o convoque directamente) la junta general de la entidad proponiendo el orden del día e incluso la adopción de determinados acuerdos tal y como se establece en el supuesto de la actuación temprana (vid. al respecto artículo 9.a) Ley 9/2012). Parece

¹⁸ Puede el Banco de España en ese momento inicial exigir a la entidad que opta por el procedimiento de actuación temprana o por la resolución?

que ello no es más que fruto de un olvido del legislador y que dicha previsión ha de entenderse igualmente aplicable a un proceso de reestructuración.

Ahora bien, si la entidad -siguiendo lo dispuesto en el artículo 14 Ley 9/2012- comunica su situación y circunstancias al FROB y al Banco de España resulta sorprendente que sea sólo el Banco de España quien deba pronunciarse acerca de la gravedad de los efectos perjudiciales que de la resolución de la entidad podrían derivar para la estabilidad del sistema financiero y acerca de la procedencia de la reestructuración o, en su caso, resolución de la entidad. Desde mi punto de vista, esta solución se compadece mal con lo dispuesto en el artículo 14.7 Ley 9/2012 relativo a la Memoria económica que el FROB ha de elaborar sobre el impacto financiero del plan de reestructuración. Y es que, en definitiva, las decisiones que el Banco de España adopte afectan a la disposición y a la disponibilidad de fondos públicos cuyo “gestor” es el FROB. Tampoco parece que ese artículo 14 Ley 9/2012 se coordine bien con lo dispuesto en el artículo 21 Ley 9/2012 el cual dispone que: “...cuando una entidad resulte inviable...y no resulte procedente la reestructuración, el Banco de España, de oficio o a propuesta del FROB, acordará la apertura inmediata del proceso de resolución”.

Así, no se entiende muy bien cómo es posible que el FROB pueda proponer la resolución de una entidad y que, sin embargo, nada pueda decir acerca de la reestructuración o no de una entidad supuestamente de riesgo sistemático. En definitiva, una lectura del conjunto del articulado nos ha de llevar a entender, a pesar de la aparente descoordinación, que aún cuando es el Banco de España quien en principio analiza tanto los riesgos de resolver una entidad como la conveniencia de su resolución, el FROB puede hacer una propuesta al Banco de España en ese sentido aunque no haya participado en la valoración previa. Parece que la opinión del FROB no debe entenderse vinculante para el Banco de España en modo alguno.

La Ley guarda silencio respecto del plazo de que dispone el Banco de España para valorar y evaluar tanto la gravedad de los efectos perjudiciales de una eventual resolución como el tipo de solución que procede en cada caso si bien resulta ser bastante estricto a la hora de fijar los plazos de actuación atribuidos a las entidades. Tampoco se dice nada acerca de cómo ha de informar el Banco de España acerca de la decisión adoptada.

El principio de tutela judicial efectiva obliga a que todos los acuerdos dictados por el Banco de España y el FROB en este -y en los demás-procedimientos sean recurribles o impugnables tal y como señala el artículo 72 Ley 9/2012. En efecto, los actos administrativos del Banco de España relativos a los planes de reestructuración ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (misma solución en el caso del FROB). En la impugnación de la aprobación de los planes se podrá demandar de forma conjunta al Banco de España y al FROB si bien la actuación procesal y eventual responsabilidad de cada uno de ellos quedarán circunscritas al ámbito de competencias que les son propias.

III. El plan de reestructuración.

1. Aspectos formales y procedimentales

La entidad que necesite proceder a su reestructuración ha de comunicarlo al Banco de España y al FROB y elevar -en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud- un Plan de reestructuración en el que se concreten las medidas previstas para asegurar la viabilidad a largo plazo de la entidad y especificar el plazo previsto para su ejecución que, en ningún caso, podrá exceder de 3 meses desde su aprobación, salvo autorización expresa del FROB (artículo 14.1 Ley 9/2012). Ese plazo de 15 días para presentar un plan de reestructuración lo acuerda de oficio el Banco de España en virtud de las circunstancias concurrentes. La gravedad y peligrosidad para la estabilidad del sistema financiero aconseja agilidad y celeridad en el procedimiento por lo que, desde ese punto de vista, parece razonable establecer plazos breves. Ello, no obstante, se entiende que un plazo de 15 días resulta extraordinariamente corto cuando de lo que se trata es de elaborar un plan que ha de contemplar las medidas necesarias para asegurar la viabilidad a largo plazo de la entidad. Más aún si tenemos en cuenta que previamente ha

de someterse al Consejo de Administración para su aprobación. De la misma manera que el texto legal prevé la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución del plan de reestructuración previa autorización del FROB (artículo 14.1 Ley 9/2012), debiera contemplarse para la elaboración del plan, una solución similar.

El plan de reestructuración parece -a pesar de lo confuso que resulta el texto legal en este punto- que ha de remitirse al FROB y no al Banco de España (que es quien, en definitiva, ha de aprobarlo). Así parece deducirse del apartado 3 del artículo 14 Ley 9/2012 el cual prescribe que: “El FROB, antes de acordar la elevación del plan de reestructuración al Banco de España para su aprobación podrá requerir las modificaciones o medidas adicionales que considere necesarias” Pero, ¿de cuánto tiempo dispone el FROB para ello? El vacío legal en este caso concreto no puede suplirse en modo alguno. Lo único que establece la Ley en el apartado 4 del artículo 14 Ley 9/2012 es que el plazo de que dispone el Banco de España para la aprobación del plan de reestructuración será de un mes a contar desde su presentación por la entidad. Así que, con independencia del tiempo que pase el FROB analizando el Plan, el plazo total será de un mes a contar desde la entrega del plan a las Autoridades. No obstante, la práctica revela que es frecuente que una vez el Plan es aprobado por el Consejo de Administración de la entidad y elevado al FROB y al Banco de España, éste sea aprobado en un plazo extraordinariamente breve tal y como sucedió en el caso de Liberbank. Ello sólo puede entenderse sobre la base de que las entidades en dificultades emprenden previa y temporalmente conversaciones con las autoridades sobre la continuidad, viabilidad y vías de solución que ha de adoptar la entidad. Si nos fijamos en el supuesto de Liberbank, el Consejo de Administración aprobó el plan el 17 de diciembre de 2012 y la aprobación del Banco de España es el del 19 de diciembre de 2012 (la de la Comisión Europea es del 20 de diciembre de 2012). Ello me lleva a una reflexión ulterior. Los plazos extraordinariamente breves fijados en esta Ley quizás puedan cumplirse porque hemos partido de una situación excepcional que obligó a realizar unas pruebas de resistencia que determinaron en qué

situación se encontraban cada una de las entidades⁹⁰. Teniendo en cuenta estas circunstancias particulares, ¿servirá esta norma para el futuro?

La cuestión se complica un poco más cuando seguimos con la lectura del precepto en cuyo apartado 5 establece que: "con carácter previo a la aprobación del correspondiente plan de reestructuración, el Banco de España solicitará informe a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en que tengan su domicilio las cajas de ahorro y, en su caso, las cooperativas de crédito involucradas, que deberá ser remitido en el plazo de 10 días". En definitiva, ello significa que en el plazo total de un mes a que nos hemos referido el plan ha de ser analizado tanto por el FROB como, en su caso, por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. ¿Pero cuándo ha de remitírsele al Banco de España a las autoridades de las CCAA? ¿cuando esté listo para su aprobación con las modificaciones y observaciones formuladas, en su caso, por el FROB? ¿al mismo tiempo?

Con la vista puesta en las competencias autorizatorias de las Comunidades Autónomas en relación con las Cajas de Ahorro, la Ley prevé una medida que puede generar conflictos. En efecto, el apartado 6 Ley 9/2012 prevé que la aprobación por el Banco de España del Plan de reestructuración determinará las concretas operaciones mediante "las que se instrumenta la reestructuración incluidas las eventuales adquisiciones de participaciones significativas y las modificaciones estatutarias que, en su caso, se produzcan, no requieran ninguna autorización administrativa ulterior en el ámbito de la normativa de las entidades de crédito".

"Las entidades bancarias quedaron agrupadas en cuatro grandes bloques. Por un lado, las entidades del Grupo 0 en las que quedaban integradas aquéllas respecto de las cuales no se había detectado déficit de capital en las pruebas de resistencia y que, en consecuencia, no requerían la adopción de medidas ulteriores (BBVA, Bankinter, Caixabank, Kutxabank, Sabadell, Grupo Santander y Unicaja).

En el Grupo 1 se integraron los bancos controlados por el FROB, es decir BFA/Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco y Banco de Valencia (esta último intervenido por el Banco de España en noviembre de 2011, fue adjudicado a Caixabank por el FROB en diciembre de 2012).

En el Grupo 2 se integraron los bancos que no podían afrontar sus necesidades de capital sin ayudas estatales: Liberbank, Banco Mare Nostrum/BMN, Banco Ceiss.

Finalmente, en el grupo 3, se integraron los bancos en los que las pruebas de resistencia habían detectado déficit de capital pero que podían afrontarlo sin recurrir a las ayudas estatales: Banco Popular e IberCaja Banco.

Por su parte, el FROB debe elevar “al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas así como al de Economía y Competitividad una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero del plan de reestructuración presentado sobre los fondos aportados con cargo a los presupuestos generales del Estado” (artículo 14.7 Ley 9/2012). Sobre la base del Informe que elaboren los distintos Secretarios Generales del Estado, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas podrá oponerse, motivadamente, en el plazo de 5 días hábiles desde que se eleve la memoria. Ahora bien, el texto legal no señala ni cuando debe elevar el FROB dicha memoria ni en qué consiste, ni de qué plazos dispone el FROB para realizarla.

Parece obvio, aunque la Ley no dice nada al respecto, que el plan de reestructuración no puede ponerse en marcha en tanto éste no haya sido aprobado por el Banco de España tal y como sucede en el ámbito de las concentraciones en Derecho de la competencia. Ello, no obstante, el FROB, por razones de urgencia y previa autorización del Banco de España, puede proporcionar liquidez a la entidad de carácter transitorio hasta la aprobación del correspondiente plan (vid. Exposición de Motivos IV en relación con el artículo 68 Ley 9/2012).

La Ley exige, además, que el plan detalle el plazo previsto para su ejecución, que no podrá exceder de tres meses salvo autorización expresa del FROB (artículo 14.1 Ley 9/2012).

Esta norma suscita no pocas dudas. Parece razonable defender que el plazo legalmente establecido haya de interpretarse en el sentido de que todas las actuaciones previstas en el plan han de haberse puesto en marcha lo que no significa que hayan concluido. En definitiva, creo que ha de defenderse una interpretación no literal del precepto. Son diferentes los motivos que me llevan a ello. En primer lugar, el hecho de que el FROB pueda autorizar la ampliación del plazo constituye, sin lugar a dudas, un punto de apoyo importante. Pero también, ha de tenerse en cuenta que la realización de determinadas operaciones societarias y el cumplimiento de los plazos que en garantía de terceros o de los propios accionistas se establecen, pueden dificultar sino impedir la ejecución del plan en el plazo previsto. El hecho de que la entidad se encuentre sometida a un proceso reestructurador no es óbice para cumplir con los trámites de oposición o de impugnación de acuerdos sociales pues las normas societarias no quedan en suspenso como consecuencia del sometimiento a la Ley 9/2012. Pero es que, además, es de suponer que la ejecución de la totalidad del

plan supondría la finalización del proceso reestructurador ya que gracias a dicho plan se garantiza supuestamente la continuidad de la entidad en condiciones de viabilidad y seguridad". En consecuencia, procede una interpretación flexible y no literal en virtud de la cual ha de entenderse que la entidad ha de poner en marcha su plan en el plazo máximo de 3 meses a contar desde su aprobación.

2. Contenido del plan.

La Ley 9/2012 introduce la figura del plan de reestructuración como documento necesario para poder acordar la reestructuración de la entidad, erigiéndose así en un instrumento básico de este mecanismo de solución de las crisis de las entidades bancarias. Si no se presenta el plan, el Banco de España no puede aprobarlo y, en consecuencia, la entidad no podrá ni percibir apoyo financiero alguno ni impedir que los acreedores, en su caso, soliciten el concurso de la entidad o que el Banco de España opte por su resolución. Por lo tanto, puede afirmarse que el plan de reestructuración tiene una razón de ser externa de enorme relevancia. Desde el plano interno la relevancia no es menor, pues el plan sirve para que la empresa movilice todas sus capacidades y recursos para reconducir sus objetivos así como los medios necesarios para alcanzarlos.

2.1. Concepto legal y estructura del plan.

La Ley 9/2012 en su artículo 16 delimita el contenido del plan de reestructuración en los siguientes términos:

“Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.2 Ley 9/2012 en el sentido de que el Banco de España habrá de informar al FROB de la finalización de la situación de la reestructuración a la que, se entiende, debe llegarse una vez el plan se haya desarrollado en su totalidad. Más aún, esta interpretación es la que resulta más acorde con lo dispuesto en el artículo 17.1 Ley 9/2012 en relación con la emisión de informes trimestrales sobre el cumplimiento de lo previsto en el plan que la entidad ha de remitir al FROB.

“...incluirá además de los elementos previstos en el artículo 8..., los instrumentos de la reestructuración que se vayan a implementar de los previstos en el artículo 5... un análisis de la situación... que justifique, o bien su capacidad para que el apoyo financiero pueda ser recuperado o reembolsado o, en caso contrario, los efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero que generaría su resolución...las medidas que hayan de implementarse para minimizar el uso de los recursos públicos...”.

El referido precepto no concreta cuál debe ser la estructura del plan y ni siquiera ofrece un análisis pormenorizado de cada uno de los aspectos a que éste ha de referirse. Carece absolutamente de sistemática.

En primer lugar, el artículo establece que el plan incluirá “necesariamente los elementos previstos en el artículo 8”; es decir, unos compromisos consistentes en objetivos sobre eficiencia, rentabilidad, niveles de apalancamiento, y liquidez de la entidad; compromisos específicos en materia de solvencia y compromisos de mejora de su eficiencia, racionalización de su administración y gerencia, mejora de su gobierno corporativo, reducción de costes de su estructura y redimensionamiento de su capacidad productiva⁴. Resulta sorprendente e incluso incoherente la exigencia de que los planes de reestructuración incluyan “los elementos previstos en el artículo 8 de esta Ley para los planes de actuación” (se entiende que ha de contener todos los elementos recogidos en relación con los planes de actuación) con lo dispuesto en el último párrafo del mismo artículo 16 el cual prescribe que “el FROB podrá incluir, a propuesta del Banco de España, cualquier medida de actuación temprana, en los planes de reestructuración”. Esta previsión se compadece mal con la exigencia a que nos hemos referido con anterioridad. Quizás el sentido que haya de darse a este apartado sea el de entender que el FROB, a propuesta del Banco de España, puede incluir cualquier medida adicional de las previstas en el artículo 8 Ley 9/2012 no recogida inicialmente en el plan o no en sus mismos términos. Asimismo habrá de recoger los instrumentos de la reestructuración que se vayan a implementar, un análisis de la situación de la entidad, así como las medidas tendentes a minimizar el uso de recursos públicos, en particular, las acciones de gestión de los instrumentos híbridos

Nos remitimos al cap. IV GONZÁLEZ GARCÍA sobre actuación temprana.

de capital a las que me refiero más adelante sin perjuicio de lo que en otro lugar de esta obra se diga.

2.2. Los instrumentos de reestructuración.

En efecto, si la actuación temprana está prevista para situaciones críticas pero leves, en las que el apoyo financiero tiene carácter excepcional, en la reestructuración el apoyo deviene clave de tal manera que siempre va a haber apoyo. Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que se transmitan activos y/o pasivos a una sociedad de gestión de activos (artículo 15.1.b) Ley 9/2012)⁴³.

Ambos instrumentos se contemplan como medidas extraordinarias susceptibles de ser adoptadas para la reestructuración y para la resolución de la crisis de la entidad si bien no es preciso que se den cumulativamente⁴⁴; es decir, no es necesario que haga uso de los dos mecanismos⁴⁵. Podríamos tomar como ejemplo la reestructuración de Liberbank⁴⁶. Conforme a las pruebas de resistencia, Liberbank se clasificó dentro del Grupo 2, es decir, como banco que no podía afrontar de forma privada y sin ayuda estatal dicho déficit. El Plan fue aprobado por el Banco de España el 19 de diciembre de 2012 y por la Comisión Europea el 20 de diciembre de 2012. El plan de reestructuración de Liberbank contempla tres medidas para alcanzar los objetivos y principios de los artículos 3 y 4 Ley 9/2012:

i) transmisión al SAREB de activos especialmente dañados o cuya permanencia en el balance era perjudicial para la viabilidad de la entidad

⁴³ A pesar de que el precepto emplee la conjunción “o”, una interpretación extensiva del conjunto del articulado ha de llevarnos a defender que puede tratarse de una transmisión sólo de activos, sólo de pasivos o de ambos elementos.

⁴⁴ Lo que sí ha de destacarse es que los dos aspectos son comunes a los procesos de reestructuración y resolución.

⁴⁵ Dicho planteamiento se ve corroborado por lo dispuesto en el artículo 15.2 Ley 9/2012 el cual prevé que “el FROB podrá adoptar los instrumentos anteriores individual o conjuntamente”. Lo lógico, en todo caso, será que se utilicen varios instrumentos al mismo tiempo, es decir, que se trate de una combinación de elementos.

⁴⁶ Constituida el 23 de mayo de 2011 como entidad central del sistema institucional de Protección (SIP) integrada por tres Cajas de Ahorros: Caja de Ahorros de Asturias, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, convirtiéndose en la entidad cabecera del grupo consolidable de entidades de crédito formado por las referidas cajas.

ii) la realización de ejercicios de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada

iii) la concesión de apoyos financieros mediante la suscripción por el FROB de obligaciones contingentemente convertibles en acciones ordinarias (CoCos) emitidas por Liberbank.

Las medidas pueden ser propuestas por la propia entidad en el plan de reestructuración o pueden venir impuestas por el FROB en el ejercicio de las potestades que le confiere la Ley y, en concreto, el artículo 64 Ley 9/2012. En efecto, aún cuando es la propia entidad quien debe elaborar el plan de reestructuración, el FROB -que es quien examina el plan antes de su remisión al Banco de España-puede requerir a la entidad para que modifique el plan como estime conveniente señalando los cambios que estime oportunos o exigir la adopción de las medidas adicionales que considere necesarias (artículo 14.3 Ley 9/2012) en los términos del artículo 64 Ley 9/2012.

2.2.1. Apoyo financiero.

No procede hacer un análisis exhaustivo de los instrumentos de apoyo financiero pues ello será objeto de otro trabajo en esta obra⁷. Ello, no obstante, la entidad que se acoge a un proceso de reestructuración necesita el apoyo financiero que se concreta en el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, la adquisición de activos o pasivos encomendando, en su caso, a un tercero su gestión o la recapitalización en los términos establecidos en el artículo 29 Ley 9/2012⁸. Respecto a los instrumentos de recapitalización (artículo 29 Ley 9/2012) se establece que el FROB podrá suscribir o adquirir tanto acciones ordinarias (o aportaciones

⁷Capítulo XI de esta obra.

⁸ Con carácter general se prevé, en primer lugar, que dichos instrumentos pueden prestarse tanto a favor de la entidad o de su grupo, como del adquirente de las acciones o parte del activo o pasivo de la entidad. En el caso de entidades que ya hubieran emitido instrumentos convertibles suscritos por el FROB, con carácter previo a la recepción del apoyo del FROB, podrá exigir la previa conversión en acciones de dichos instrumentos. Además, el apoyo financiero no debe reducir las pérdidas derivadas de la reestructuración que corresponde soportar a accionistas u otras. El otorgamiento de garantías por parte del FROB quedará sujeto a los límites que al efecto establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

al capital social) como “instrumentos convertibles en acciones que serán computables como recursos propios básicos y como capital principal (el FROB podrá anticipar en forma de préstamo, el precio de suscripción o adquisición de los instrumentos mencionados). Los créditos del FROB serán considerados créditos con privilegio general caso de aplicación de la Ley Concursal” (artículo 28.6 Ley 9/2012). El precio de suscripción, adquisición o conversión de los instrumentos de recapitalización se fijará aplicando al valor económico de la entidad el descuento que proceda conforme a la normativa europea en materia de competencia⁴⁹.

En caso de acordar la emisión de instrumentos convertibles en acciones ordinarias o aportaciones de capital social, la entidad deberá aprobar los acuerdos necesarios para la ampliación de capital o la suscripción de aportaciones de capital (en cooperativas) en la cuantía necesaria y deberá obligarse a comprar o amortizar los instrumentos suscritos o adquiridos por el FROB en cuanto pueda hacerlo y, en todo caso, con un plazo no superior a 5 años (atribuyendo al FROB los derechos políticos correspondientes y su incorporación al órgano de administración)⁵⁰. Asimismo deberá preverse su convertibilidad -por decisión del FROB-si éste estima improbable que la entidad vaya a acordar su recompra o amortización dentro de plazo aunque en casos excepcionales puede ampliarse el plazo a 7 años, artículo 34 Ley 9/2012).

Así, el FROB puede prestar apoyo financiero a las entidades salvo -se entiende- oposición del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previos los informes y memorias procedentes, que podrá oponerse (motivadamente) en el plazo de 5 días hábiles desde que le sea elevada dicha memoria.

⁴⁹ Para el pago del precio el FROB, además de efectivo, podrá utilizar valores representativos de deuda pública, valores emitidos por la Facilidad Europea de Estabilización Financiera o por el Mecanismo Europeo de Estabilidad así como Valores emitidos por el propio FROB, o incluso compensar créditos ostentados frente a las entidades.

⁵⁰ Al FROB no se le aplicarán limitaciones tales como el derecho de asistencia a las juntas o del derecho de voto, ni la obligación de presentar una OPA.

2.2.2. Transmisión de activos y/o pasivos.

La DA 7ª Ley 9/2012 prevé la creación de la “Sociedad de gestión de Activos procedentes de la Reestructuración bancaria, S.A.”, que tendrá como objeto la tenencia, adquisición, administración y enajenación de los activos que le sean transferidos por las entidades que el 31 de agosto 2012 se encontrasen mayoritariamente participadas por el FROB o que, a juicio del Banco de España y tras la evaluación elaborada por la consultora Oliver Wyman fueran a requerir la apertura de un proceso de reestructuración o de resolución⁵¹.

Aún cuando no procede un examen exhaustivo de esta cuestión pues ello será objeto de estudio en otro trabajo, no podemos prescindir de una referencia siquiera breve a ella pues está íntimamente conectada al proceso reestructurador. En efecto, el capítulo VI de la Ley 9/2012 regula los casos en que el FROB podrá obligar a una entidad a transmitir sus activos a esta sociedad. Básicamente el artículo 35 Ley 9/2012 señala que las categorías de activos susceptibles de ser transferidas serán las “especialmente dañadas o cuya permanencia en el balance se considere perjudicial para su viabilidad a fin de dar de baja de los balances dichos activos y permitir la gestión independiente de su realización”.

El Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, concreta la tipología de activos a transferir y define, por un lado, una serie de criterios cualitativos y cuantitativos generales así como unos elementos específicos -referidos a los derechos de créditos y los bienes inmuebles-a emplear para establecer las categorías de activos objeto de transmisión. En particular, los activos que deberán ser objeto de transmisión, tal y como recoge el artículo 48 RD 1559/2012, serán: los inmuebles adjudicados o adquiridos en pago de deudas cuyo valor neto contable sea superior a 100.000 euros (según balances consolidados a 30 junio 2012), los derechos de crédito cuyo valor neto contable resulte superior a 250.000 euros que figure en balance a 30

⁵¹Nos remitimos al capítulo VI de esta obra.

junio 2012 o que procedan de su refinanciación en una fecha posterior³², los instrumentos representativos del capital de sociedades del sector inmobiliario o vinculadas a ellas que permitan ejercer el control o una influencia decisiva sobre ellas, o aquellas otras categorías de préstamos o créditos (al consumo o a pequeñas y medianas empresas) especialmente deterioradas o cuya permanencia en el balance se considere perjudicial para la viabilidad de la entidad (previo Informe del Banco de España). Además de la tipología de activos, el RD 1559/2012 presta especial atención a la determinación del precio de transferencia. En la Exposición de Motivos se señala que “la determinación final del valor de transmisión se realizará por el Banco de España, partiendo del Informe de valoración encargado a uno o varios expertos independientes, y ajustando la estimación de acuerdo con los criterios previstos en este Real Decreto”. La determinación del valor debe realizarse conforme a dos elementos diferentes: por un lado, el valor económico de mercado de los activos transferidos y, por otro, los ajustes de valoración que tienen en cuenta los términos particulares de la transmisión, la viabilidad del plan de negocio de SAREB, los costes de explotación y de financiación de los activos transferidos mientras permanecen en el balance de SAREB para su venta, los gastos generales de la sociedad y los costes de recuperación de los préstamos y créditos dañados.

De lo expuesto se infiere que -a pesar del tenor literal de la rúbrica del apartado 15.2 Ley 9/2012-al SAREB se transmiten o pueden transmitirse tanto activos como pasivos.

2.3. Análisis de la situación de la entidad.

Dentro del contenido del plan, el artículo 16 Ley 9/2012 exige se realice un análisis de la situación de la entidad en el que se justifique tanto la

³² Por un lado, préstamos o créditos para la financiación de suelo para promoción inmobiliaria en España o para la financiación de construcciones inmobiliarias en España (en curso o terminadas) cualesquiera que sea su antigüedad y clasificación contable, excepto las clasificadas en activos en suspenso o regularizados. Por otro, los préstamos participativos concedidos o a sociedades del sector inmobiliarios o a sociedades vinculadas a ellas, cualquiera que sea su antigüedad y clasificación contable. Finalmente, otros préstamos o créditos concedidos a titulares de créditos o préstamos cuando el FROB aprecie la conveniencia del traspaso para que SAREB pueda llevar a cabo una adecuada gestión de los activos transferidos.

necesidad del apoyo financiero y su capacidad para reembolsarlo como, en su caso, la caracterización de la entidad como de riesgo sistémico.

En definitiva, de lo que se trata es de analizar la viabilidad o inviabilidad de la entidad y, en su caso, los riesgos que aparejaría dejarla caer.

La continuidad, en línea de principio, sólo tiene sentido si el valor de la empresa en su conjunto es superior a la suma del valor de liquidación de cada uno de sus activos, detrayendo el valor de deterioro de éstos así como el importe del apoyo financiero. De esta manera el valor de la empresa viene determinado por el producto o servicio que ofrece, cómo lo ofrece, etc... Si no es posible viabilizar la entidad mediante el apoyo financiero que se le pueda conceder, deberá acudir a la resolución. Y sólo en supuestos excepcionales -es decir, en el caso de que se trate de una entidad de riesgo sistémico- podrá decidirse la continuidad de la actividad de la entidad inviable.

Parece razonable entender -a pesar del silencio legal- que el análisis de la situación de la entidad haya de comprender otros elementos. En efecto, si tomamos como referencia el contenido del plan de viabilidad previsto en el ámbito concursal (artículo 100.5 LC) y las consideraciones que, al respecto, formula un sector de la doctrina³³, el análisis de la situación habría de comprender:

- los antecedentes históricos de la evolución de la compañía en el aspecto económico y financiero, con especial énfasis en la génesis y diagnóstico de la crisis distinguiendo las causas endógenas de las exógenas. Para ello será conveniente acompañar el análisis de las últimas cuentas anuales, de los últimos balances y toda la documentación económica-financiera de que se disponga, debidamente actualizada;

- un diagnóstico externo del entorno legal, socio-político y económico y de su previsible evolución;

³³ CASANELLAS, "Plan de viabilidad", en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA CRUCES, Tomo II, Aranzadi, 2013, págs. 2255 y sigs.; y, más concretamente, págs. 2272 y sigs.

-un diagnóstico de la posición competitiva y económica de la entidad y del sector concreto y de sus propuestas de mejora;

-una descripción de los objetivos estratégicos de la entidad y de su clientela;

-análisis de su estructura organizativa y accionarial;

-un plan de negocio que incluya (artículo 8.1 Ley 9/2012);

-pero el análisis del modelo económico-financiero debe comprender también y muy especialmente: el plan de reembolso del apoyo financiero solicitado a las desinversiones de activos poco rentables o no afectas a la actividad futura (artículo 16 Ley 9/2012); balances de situación provisionales y otros documentos contables;

-el plan puede contener también mecanismos de control de las desviaciones en los planes de reestructuración e incluso la constitución de una comisión de seguimiento del plan (en ese caso, deberán preverse mecanismos adecuados para poder cumplir los compromisos de información previstos que han de girar en torno a variables económico-financieras). Se echa en falta en relación con la reestructuración una norma similar a la contenida en el artículo 8.3 Ley 9/2012 en virtud de la cual ante la posibilidad de que el plan sea incumplido, la entidad se dirija al Banco de España para solicitar una modificación de los términos de dicho plan;

-finalmente, aplicando un paralelismo con el Derecho de sociedades o incluso el Derecho concursal, y aunque el texto legal no lo menciona, el plan debería contener un Informe/Memoria del Consejo de Administración sobre el plan de reestructuración, con una exposición motivada de los administradores acerca de la situación patrimonial de la entidad y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación de la reestructuración.

2.4. Gestión de Instrumentos híbridos.

El plan que se adopte deberá prever las medidas que hayan de implementarse para minimizar “el uso de recursos públicos y, en particular, la gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que se vayan a realizar, para asegurar un adecuado reparto de los costes de reestructuración de la entidad conforme a los objetivos y principios establecidos en los artículos 3 y 4 de esta Ley” (artículo 16 Ley 9/2012). De conformidad con los objetivos señalados en el artículo 3 de la Ley 9/2012 y, más concretamente, la necesidad de asegurar la continuidad de la actividad y una utilización más eficiente de los recursos públicos, el otorgamiento de financiación pública debe ir acompañado de medidas que impliquen un reparto de las cargas. De alguna manera, bien podría decirse que la gestión de instrumentos híbridos constituye la otra cara de la moneda del apoyo financiero que recibe una entidad en reestructuración⁴. Como prevé el punto 17 del MOE, dentro de los planes de reestructuración y resolución de entidades de crédito, se deben adoptar las medidas necesarias a fin de aligerar la carga para el contribuyente de la reestructuración bancaria y contemplar un adecuado reparto de los costes de dichos planes entre los titulares de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de aquellas entidades que reciban apoyo público. De acuerdo con ello (y sin perjuicio de lo que en otro capítulo de esta obra se diga) los planes de reestructuración incluirán acciones que podrán afectar a las emisiones de instrumentos híbridos como participaciones preferentes u obligaciones convertibles, bonos y obligaciones subordinadas o cualquier otra financiación subordinada, con o sin vencimiento, obtenida por la entidad de crédito afectada por el plan, ya sea de forma directa o a través de una entidad participada.

El procedimiento establecido en la norma es de doble nivel y resulta un tanto sorprendente. En efecto, tanto el MOE como la Ley 9/2012 contemplan dos vías de actuación: i) ejercicio voluntarios a realizar por la propia entidad de crédito; ii) y ejercicios obligatorios de responsabilidad subordinada a

⁴Nos remitimos al capítulo XII de esta obra.

realizar por el FROB con carácter de acto administrativo. El Banco de España y la Comisión supervisarán todas las operaciones de conversión de instrumentos híbridos y subordinados en deuda preferente o en recursos propios (para ello se crea una Comisión específica)⁵⁵.

En relación con los primeros, es decir, con los ejercicios voluntarios, los planes de reestructuración deben contener estos ejercicios para todos o parte de los instrumentos subordinados, es decir, obligaciones convertibles⁵⁶, participaciones preferentes⁵⁷ o instrumentos de deuda subordinada emitidos por la entidad de crédito (bonos u obligaciones subordinadas). A la hora de diseñar este mecanismo, la entidad habrá de tener en cuenta el diferente orden de prelación de los créditos, en la línea de lo dispuesto en el artículo 4 Ley 9/2012, el cual establece que:

- i. los accionistas serán los primeros en soportar pérdidas
- ii. los acreedores subordinados soportarán las pérdidas después de los accionistas de acuerdo con el orden de prestación establecido en la legislación concursal
- iii. los acreedores del mismo rango han de ser tratados de manera equivalente
- iv. ningún acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad hubiera sido liquidada.

⁵⁵ El Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (publicado en el BOE el 23 de marzo) regula determinados aspectos relacionados con la gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada contemplados en los planes de reestructuración y resolución de entidades en las que el FROB tiene una participación mayoritaria.

⁵⁶ Reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido Ley de Sociedades de Capital.

⁵⁷ Las participaciones preferentes se regulan en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de inversión, Recursos propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios financieros. Son instrumentos de carácter perpetuo (aún cuando cabe su amortización anticipada previa autorización del Banco de España) para los que se suele establecer una remuneración preferente (cuyo pago efectivo se sujeta a una serie de requisitos) y se consideran créditos subordinados situándose en el orden de prelación inmediatamente detrás de todos los acreedores (pero delante de los accionistas ordinarios).

La Ley no determina cómo han de estructurarse estos mecanismos dando libertad a la entidad para hacerlo de la manera que entienda más adecuada. Así, podrán consistir en ofertas de canje por instrumentos de capital, sean acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital, ofertas de recompra de valores (bien en efectivo, bien condicionándolas a la compra de otro producto de capital o no), reducciones del valor nominal de la deuda y amortizaciones anticipadas a un precio diferente del valor nominal. Teniendo en cuenta que esto es una propuesta de la entidad, los inversores son libres de aceptarla o no (y podrán requerir el consentimiento previo de los inversores) pero han de saber que si la rechazan, será el FROB quien acabe imponiendo la solución que considere más adecuada.

Sea cual sea el o los instrumento(s) a aplicar elegidos, deben respetar el valor de mercado de los valores de deuda a los que se dirigen, aplicando las primas o descuentos que resulten conformes con la normativa de la UE de ayudas de Estado. Con el fin de acreditar ese valor de mercado, la entidad solicitará la elaboración -al menos- de un informe por un experto independiente (artículo 41 Ley 9/2012)¹⁸. En efecto, sea cual sea la acción elegida, a tenor de lo establecido en la Ley 9/2012 hay que estar a lo que la normativa en materia de ayudas de estado de la Unión Europea establece. A este respecto deben tenerse en cuenta documentos que a los efectos de la materia objeto de análisis son relevantes. El primero de ellos, la nota de prensa de 8 de octubre de 2009 (MEMO 09/441) sobre las Directrices sobre las ayudas de reestructuración a los bancos de 23 de julio de 2009, aclara que i) las entidades no pueden usar las ayudas para eliminar fondos propios cuando su actividad no genera beneficios suficientes; ii) las medidas que suponen reducir los fondos propios no resultan, en línea de principio, compatibles con el principio de reparto equitativo y de reducción de la ayuda al mínimo necesario. Por su parte, la Nota de prensa de la Comisión de 13 de

¹⁸Por razones de urgencia y a fin de garantizar los objetivos del artículo 3 Ley 9/2012, el FROB podrá: “emplear un procedimiento de estimación del valor económico de la entidad en el que no se recaben informes de expertos independientes, a los efectos de la valoración a la que se refiere el artículo 5 de esta Ley y para la aplicación de medidas de reestructuración y resolución” (artículo 68 b) Ley 9/2012).

junio de 2012⁹⁹ aclara que las actuaciones que se efectúen deben buscar reforzar la viabilidad de la entidad lo cual sucederá cuando mejore la estructura del capital. El punto de referencia en la valoración de los instrumentos será el valor de mercado aplicando, en su caso, una prima que incentive la participación de los inversores en la operación. Así pues, como regla general se establecen dos limitaciones: la prima no podrá exceder de un 10% del valor nominal y los precios de recompra no pueden ser superiores al 90% del nominal. La normativa europea exige, además, publicidad de la operativa, anuncio de la acción como hecho relevante, publicación en la página web (artículo 42.1 Ley 9/2012).

En cuanto a los ejercicios de cumplimiento obligatorio, proceden tanto cuando los inversores no aceptan la propuesta de la entidad como cuando el FROB estima que la acción no es suficiente para asegurar un reparto adecuado de los costes (minimizando el uso de recursos públicos) o para asegurar la viabilidad de la entidad. Dichas actuaciones se acordarán mediante acto administrativo, adquiriendo entonces carácter obligatorio (tanto para la entidad de crédito a la que van dirigidas como a los tenedores de los instrumentos financieros afectados).

El carácter vinculante para los inversores afectados tiene su reflejo en el artículo 49 Ley 9/2012 el cual prescribe que los titulares de instrumentos afectados no podrán iniciar ningún otro procedimiento (más allá del previsto en la propia Ley 9/2012) de reclamación de la cantidad con base en el incumplimiento de los términos y condiciones de la emisión si éstos han sido objeto de una acción de gestión de instrumentos híbridos y de deuda subordinada acordada por el FROB y la entidad está cumpliendo con su contenido. Tampoco podrán reclamar del FROB o de la entidad ningún tipo de compensación económica más allá del procedimiento previsto en la Ley 9/2012. De la misma manera, el artículo 50 Ley 9/2012 establece que estas actuaciones no pueden alterar las relaciones con terceros de la entidad de crédito y, más concretamente, no podrá “alegarse por terceros como un supuesto de alteración del rango del orden del pago de la deuda de la

⁹⁹ *Buybacks of hybrid securities by Banks under restructuring* (disponible en: ec.europa.eu/competition/recovery/financial_sector.html)

entidad” (es decir, no cabe alegar que la acción constituye un supuesto de alteración del rango concursal de los créditos).

En concreto estas acciones podrán consistir en el aplazamiento, suspensión eliminación o modificación de determinados derechos, obligaciones, términos y condiciones de todas o algunas de las emisiones (pudiendo afectar al pago de intereses, reembolso del principal, fecha de vencimiento...) pero también podrán contemplar la obligación de la entidad de crédito de recomprar los valores al precio que determine el propio FROB así como cualquier otra actuación que la entidad de crédito afectada podría haber realizado a través de una acción de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

Será el FROB quien determine las emisiones sujetas, pero respetando el rango o prelación concursal de los créditos (con independencia del momento temporal en que esas emisiones se hubieran realizado). Ello significa que los créditos deberán absorber pérdidas proporcionalmente a su grado de subordinación garantizando, eso sí, “que los accionistas, cuotapartícipes o socios -según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas” (artículo 4.1.a) Ley 9/2012).

Para adoptar y estructurar estas actuaciones, la norma dota al FROB de amplísimas facultades justificadas, sin duda, en el carácter urgente o de “emergencia” de esta regulación. Así, el FROB puede modificar unilateralmente derechos, obligaciones, términos y condiciones de todas o de algunas de las emisiones de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de la entidad⁶⁰. Finalmente, podrá utilizar cualquiera de las fórmulas propuestas por la entidad de forma voluntaria.

Decidida la acción a emprender los principios a los que ha de quedar sujeta son los mismos que señalamos al referirnos a las propuestas formuladas por la entidad: i) el valor de referencia para los pasivos será el

⁶⁰Por ejemplo, en materia de pago de intereses, reembolso del principal, supuestos de incumplimiento, fecha de vencimiento o derechos individuales o colectivos de los inversores. Asimismo, podrá establecerse la obligación de la entidad de recomprar los valores afectados al precio que determine el FROB.

que hubiera derivado de lo sugerido por los expertos independientes en su Informe; ii) principio de la *par conditio creditorum*.

La acción acordada, una vez aprobado el plan de reestructuración y con suficiente antelación con respecto a su ejecución, será anunciada mediante hecho relevante, publicada en la página web de la entidad y, en su caso, en el Boletín de cotización del mercado en el que los títulos estén admitidos a negociación (artículo 42.1 Ley 9/2012).

2.5. Contenido alternativo del plan de reestructuración.

Hasta aquí se han analizado los instrumentos de reestructuración que recoge la Ley 9/2012 pero ello no significa que el plan no pueda incluir medidas adicionales de carácter societario. Y es que, en efecto, la entidad bancaria sometida a un plan de reestructuración o incluso a una intervención temprana conserva su personalidad jurídica y su capacidad y, en concreto, su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones sin más limitaciones que las que, en su caso, deriven de esta Ley.

Este contenido que aquí hemos denominado “alternativo” puede ser propuesto por la propia entidad y tener, por tanto, un carácter voluntario o ser impuesto por el FROB en el ejercicio de las potestades administrativas que le confiere –principalmente, pero no sólo– el artículo 64 de la Ley 9/2012 y en concreto, los apartados d) y f). No obstante, es preciso advertir que el contenido de ese plan alternativo puede ir mucho más allá de lo que ese artículo 64 de la Ley 9/2012 prevé.

En consecuencia, entendemos que la sociedad puede adoptar cualesquiera acuerdos de modificación estructural¹¹ y/o estatutarios, así como operaciones de capitalización de deuda y modificaciones en la organización del Consejo de Administración, medidas todas ellas que

¹¹ Sobre el concepto: ALONSO LEDESMA, “Segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Navarra, 2009, págs. 475 y sigs; FERNANDEZ TORRES, “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural”, en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, dir. BENEYTO / LARGO, Barcelona, 2010, págs. 443 y sigs.

pueden coadyuvar a asegurar la viabilidad de la entidad y evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero a la vez que se procura hacer un uso eficiente de los recursos públicos, objetivos todos ellos recogidos en el artículo 3 de la Ley 9/2012.

Con las reestructuraciones empresariales se tiende al saneamiento y la conservación de la entidad afectada por dificultades o la crisis. El concepto de modificación estructural conforma una macrocategoría que abarca diversas técnicas jurídico-societarias mediante las cuales resulta afectada la estructura organizativa de la entidad. Es decir, bajo esa expresión se engloban un conjunto de operaciones societarias, como la fusión, la escisión en sus diversas modalidades lo que incluye⁴³, la segregación o la cesión global de activo y pasivo. Se trata de modificaciones que alteran la estructura organizativa de la sociedad que conducen a la integración con otra u otras (fusión) siempre y cuando no suponga la desaparición de ésta, a la división de sociedades (escisión) o a la transmisión de patrimonio parcialmente (cesión parcial o segregación) pero sin liquidación⁴⁴. De la misma manera y aún cuando la operación no aparece recogida en la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles 3/2009, de 3 de abril, ha de admitirse la posibilidad de que la entidad bancaria opte por transmitir o aportar una rama de actividad operación que - a diferencia de cuanto sucede en la segregación-se concibe de forma unilateral (sin que opere la sucesión a título universal) y ha de analizarse desde la perspectiva de la sociedad receptora de la aportación; es decir, se traduce en una aportación no dineraria que comporta la correspondiente ampliación de capital. Las tres modalidades referidas -fusión, escisión, cesión global e incluso la aportación de rama de actividad-permiten desarrollar estrategias de desconcentración o de diversificación del riesgo, muy útiles para la reorganización o reestructuración de los grupos de sociedades o de las grandes entidades.

⁴³No tendría sentido la transformación por cuanto la forma S A es imprescindible para el ejercicio de esta actividad económica.

⁴⁴Por el contrario, la cesión global de activo y pasivo se compadece mal con el objetivo de continuidad que preconiza el artículo 3 de la Ley 9/2012 puesto que lo característico de la cesión es la transmisión de todo el patrimonio y posterior extinción del ente societario lo que se compadece mal con el objetivo de continuidad.

Además de estas operaciones de modificación estructural, la entidad puede adoptar otros acuerdos de modificación estatutaria, más concretamente, de ampliación o reducción de capital siempre dentro de los límites legales permitidos⁴⁴.

Pero, quizás, en un contexto de crisis, puede cobrar especial relevancia la adopción de acuerdos que incluyan operaciones de capitalización de deuda, las cuales se revelan especialmente idóneas para revertir situaciones de deterioro o de inviabilidad⁴⁵. De hecho, es frecuente que los acuerdos de reestructuración en un contexto de crisis vayan acompañados de operaciones de capitalización de deuda garantizando la viabilidad de la entidad. Esta operación consiste en que uno o varios acreedores canjean todo o parte de su crédito por acciones de la entidad normalmente a través de un aumento de capital por compensación de créditos aunque cabe usar fórmulas alternativas como el canje por acciones en autocartera o el rescate de obligaciones no convertibles al amparo del artículo 301 d) LSC. La capitalización de deuda es una medida típica de saneamiento y por ello se revela adecuada en el marco de la crisis de una entidad bancaria: así, se extinguen los créditos que terceros o los propios accionistas ostenten contra la propia sociedad a cambio de la adquisición de la condición de accionista o del incremento de su participación. Mediante esta operación se consigue reestructurar la deuda disminuyendo su importe; es decir, el pasivo exigible se transforma en capital reduciéndose así también los costes financieros, se incrementa el patrimonio neto y el ratio de solvencia. Desde el punto de vista corporativo, la capitalización de deuda permite articular cambios de control en la sociedad. Los acreedores, convertidos por obra y gracia de la operación en accionistas, estarán particularmente interesados en la marcha de la entidad pudiendo rentabilizar su inversión una vez solventada la crisis mediante la venta de su participación o vía dividendos.

⁴⁴ Incluso, una modificación o sustitución del órgano de administración pudiera ser conveniente.

⁴⁵ Adviértase bien que la capitalización de deuda -en el marco de la Ley 9/2012- puede incluso ser impuesta por el FROB tal y como ya hemos señalado con anterioridad.

La capitalización de deuda⁶⁶ puede articularse de diversas maneras aunque, quizás, la más habitual sea la de aumento de capital por compensación de créditos ya que la finalidad primordial de esta operación es la del saneamiento de las entidades. De hecho es una modalidad frecuente en un escenario preconcursal⁶⁷ y una alternativa al contenido del convenio (artículo 100.2 LC)⁶⁸. La operación puede articularse ya sea por la emisión de nuevas acciones o mediante el aumento del valor nominal de todas o de parte de las antiguas aunque siempre habrá de llevarse a cabo cumpliendo los requisitos generales aplicables a cualquier operación de aumento de capital así como los especiales previstos en el artículo 301 LSC.

Otra modalidad dentro de la capitalización de deuda consiste en la conversión de obligaciones en acciones (artículo 430 d) LSC)⁶⁹, pero no de cualquier obligación sino que sólo puede tratarse de obligaciones simples pues si hubieran sido emitidas como convertibles, su conversión ya estaría expresamente contemplada y, en dicho caso, el acuerdo no tendría como finalidad principal superar la situación de inviabilidad. Para los obligacionistas el acuerdo resulta beneficioso desde el momento en que su condición de deudores subordinados (si no hay garantía) les sitúa en el último lugar en la prelación de créditos mientras que, como accionistas, una vez la entidad se recupere y sea viable podrá rentabilizar su inversión ya sea vía dividendos o vía transmisión del paquete accionarial. En este supuesto la operación puede articularse bien como un canje de acciones que la entidad

⁶⁶

HERNÁNDEZ SAINZ, "La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación", en *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, dir. García-Cruces, Bosch, 2013, págs. 319 y sigs.

⁶⁷

Vid. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, "Artículo 301. Aumento por compensación de créditos", en ROJO/BELTRÁN, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. II, Thomson-Reuters, Civitas, 2011, págs. 2226-2227; PULGAR EZQUERRA, *El acuerdo de la Junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital*, RdS 34 (2010-1) pág. 20.

⁶⁸

ROJO, "Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio; en ROJO/BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson-Reuters, Civitas, 2004, págs. 1883-1884; TAPIA HERMIDA, *La compensación de créditos mediante su conversión en acciones como medida de refinanciación de las sociedades cotizadas y la obligación de formular una OPA*, RCP 13, 2010, págs. 115-119.

⁶⁹

MADRAZO, "Artículo 430 LSC. Rescate", en ROJO/BELTRÁN, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Vol. II, Thomson-Reuters, Civitas, 2011, págs. 2914 y 2917.

tuviera en autocartera bien como un aumento de capital por compensación de créditos.

3. Aprobación y seguimiento del plan de reestructuración.

Aprobado el plan por el Banco de España con las modificaciones o añadidos que, en su caso, hubiera requerido el FROB (artículo 14.3 Ley 9/2012), la entidad - trimestralmente-deberá remitir al FROB y al Banco de España en informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas recogidas en el plan y de su situación de liquidez (artículo 17.1 Ley 9/2012). Desde esta perspectiva puede resultar conveniente, tal y como ya adelantamos al abordar el contenido del plan, constituir una comisión de seguimiento dentro de la entidad que sea la que comunique al Banco de España y al FROB el grado de cumplimiento del plan.

Durante el tiempo que dure ese proceso de reestructuración del Banco de España y el FROB podrán requerir a la entidad en cualquier momento para que adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del plan pudiendo el Banco de España adoptar cualesquiera medidas de las recogidas en el artículo 9, es decir, sustitución del órgano de administración, la renegociación o reestructuración de deuda, medidas de recapitalización...

No obstante, si la situación de deterioro de la entidad fuera insuperable o si los efectos perjudiciales para el sistema financiero que impidieron la resolución ya no fueran tales, el Banco de España procederá a la apertura del proceso de resolución (artículo 17 Ley 9/2012).

Por el contrario, si el plan de reestructuración se hubiera cumplido, en el momento en que la sociedad deje de encontrarse en las circunstancias descritas en el artículo 13 Ley 9/2012, el Banco de España declarará finalizado el proceso.